2.

JESVS.
MARIA. *JOSEPH.*

POR

LA EXCELENTISSIMA SEÑORA

DOÑA ANTONIA XIMENEZ DE URREA Fernandez de Heredia, Condesa de Peralada, (*num.* 84.) del Arbol.

Y

SU HIJO EL EXCELENTISSIMO SEÑOR Don Francisco Ramon Ximenez de Urrea, de Rocafull y de Rocabertì, (*Lit y.*)

EN

EL PLEYTO

DE APREHENSION

DE DON PEDRO LUYS LABORDA.

SOBRE

LA SVCCESSION DE LA CASA, ESTADO, y Condado de Aranda, sus Villas, y Lugares, con todo lo demàs à él tocante, y perteneciente.

SECVNDA MANVS.



SON tantos los Contendores, que pretenden la ſuccesſion del Eſtado de Aranda, y ſus agregados, y tan varios los titulos de donde deriban ſus incluſiones, que apenas encuentra ſenda el diſcurſo para buſcar ſu inteligencia, ſin tropezar con la obſcuridad; y ſiendo inevitable el tratar de los derechos de todos los Litigantes, y deſeando la mayor concision ſin ofenſa de lo mas perceptible, ha parecido el medio mas proporcionado el reducir eſte Informe al orden de las Eſcrituras preſentadas en el Pleyto, obſervando en ſus expoſiciones la antiguedad de ſus otorgamientos, para que examinadas las facultades de los que en ellas eſtablecieron reglas, y vocaciones en el orden, y modo de ſucceder en los bienes que ſe litigan; pueda reſolverſe con mas facilidad por qual de los titulos, preſentados deve governarſe la ſuccesſion del Eſtado de Aranda en eſta vacante, y à quien pertenece la ſuccesſion en fuerça del titulo que ſe calificare; que ſon las dos queſtiones, à que en ſuſtancia ſe reduce el volumen de eſte prolixo Pleyto.

Reconocemos la dificultad de encontrar con el acieracierto; pues como dixo Ciceron de *Natura Deor.* empeños de eſta claſſe, no paſſan facilmente de deſeados à conſeguidos, ibi: *Longum eſt iter ad omnia, quæ talia ſunt, ut optata magis, quam inventa videantur*; pero la gloria de la obediencia, no depende, ni ſe disminuye por la incertidumbre de los aciertos.

Deſeando, pues, la mayor claridad de eſte Alegato, nos devemos valer del medio de la diviſion, ſiguiendo el dictamen de Guillermo Benedicto, *in cap. Raynutius verb. & uxorem, num.* 175. ibi: *Quia partitio, ſeu diviſio animum legentis incitat, mentem intelligentis preparat,*

&

& memoriam artifitiosè reformat; reduciendo este Informe à cinco partes.

En la primera se tratarà de la Donacion otorgada por Don Pedro de Vrrea (*num.6.*) à favor de su hijo Don Lope (*num.* 11.) à 12. de Deziembre de 1412. probando q̃ en ella constituyò el Donante un fideicomisso descensivo, perpetuo, y reciproco à favor de sus hijos, y descendientes; y que en fuerça de dicha disposicion, es indubitada Successora la Condesa de Peralada (*num.* 84.) y se responderà à los argumentos que se pueden deducir de la letra de dicha Donacion.

La segunda Parte se dividirà en tres §.§.§. En el primero se fundarà, que no puede subsistir el Testamento que otorgò dicho Don Pedro (*num.6.*) à 8. de Agosto de 1421. y quando fuera legitimo, y subsistente, tiene igual derecho en su disposicion la Condesa de Peralada (*num.* 84.) y notoria exclusion el Marquès de Ariza, (*num.* 82.) En el segundo, que tampoco puede succeder en fuerça de el Testamento otorgado por el Conde Don Antonio, (*n.*61.) y en el tercero, que no tiene llamamiento para succeder en el Vizcondado de Biota.

En la tercera Parte se fundarà, que el Duque de Gandia (*num.* 93.) no tiene derecho à la succesion de los bienes sequestrados, ni por el Testamento otorgado por Don Lope de Urrea (*num.* 11.) à 23. de Noviembre de 1464. ni por la Carta Dotàl otorgada por Don Lope su hijo (*num.* 15.) à 3. de Febrero de 1465. en que concurriò su Padre; sino que antes bien deve succeder en fuerça de dichos titulos dicha Condesa de Peralada.

En la quarta Parte se expondrà el Vinculo llamado de la Vnion otorgado por el Conde Don Miguel (*num.* 18.) à 10. de Junio de 1545. con division de quatro §.§. En el primero se referiràn los llamamientos que contiene, y se fun-

fundarà, que fenecidos los llamamientos eſpeciales agnaticios, no contiene ſu diſpoſicion calidad irregular. En el ſegundo ſe reſponderà à las razones de dudar que ſe pueden oponer para perſuadir la irregularidad. En el tercero ſe harà manifieſta la incluſion de la Condeſa de Peralada; (*num.* 84.) y en el quarto ſe harà notoria la excluſion del Marquès de Torres (*num.* 94.)

En la quinta, y ultima Parte ſe probarà, que ſe deve repeler à todos los que ſe incluyen con el Teſtamento otorgado por el Conde Don Miguel (*num.* 18.) deſpues de aver formado el Vinculo de la Union.

PARTE PRIMERA.

QVE DON PEDRO DE VRREA (num. 6.) QVANdo donò los bienes à ſu hijo Don Lope (num. 11.) formò un Fideicomiſſo deſcenſivo, perpetuo, y reciproco à favor de todos ſus deſcendientes.

1. Ocupa el primero lugar por ſu mayor antiguedad la Donacion de Don Pedro de Urrea (*num.* 6.) por no hallarſe en eſte Pleyto diſpoſicion anterior de los bienes que ſe litigan; y ſi acertaremos à probar, que en ella conſtituyò el Donante un Fideicomiſſo deſcenſivo, perpetuo, y reciproco à favor de todos ſus deſcendientes, ſin expreſion de calidad alguna irregular, quedarà incontrovertible el derecho de la Condeſa de Peralada (*num.* 84.) aſsi por hallarſe deſcendiente del Donante, como por tener la prerrogativa de hija, y nieta de los ultimos Poſſehedores; y no poder obrar efecto alguno à ſu perjuìzio las diſpoſiciones, Vinculos, y llamamientos poſteriormente otorgados por los Poſſehedores de dicho Eſtado.

2. Es tan eſtraño el eſtilo de eſta Eſcritura, que no

 ha

ha podido quitarle la novedad la antiguedad de su otorgamiento, y por este motivo merece ser singular en el modo de su exposicion, transcribiendo lo mas principal de su contenido, pues no ay palabra que no conduzca al cabal desempeño del assumpto de nuestro encargo.

3. Dize assi: *Noverint universi, quod nos nobilis Petrus de Vrrea*; expressa las Villas, y Lugares pertenecientes à su dominio, y prosigue.

4. *Attendentes, Progenitores circa propagines claras filiorum, stimulante natura cordialiter affici desiderantes, ut vita longeba filij potiantur.*

5. *Et quia individuum in Patre non potest perpetuo conservari in esse, nisi per spem stilitus filiorum conservetur, ut defitiente genitore, genitus adveniat successivè per lineam descendentem.*

6. *Et propterea Parentes, maximè magnati, & generosi temporalia bona filijs suis ex voto præparant, & comitunt grandio modo; ita videlicet ut ipsis defitientibus eorum filij, qui de maxima, & clara generositate pullulant, facunditer in humanis divitijs, & oppulenter succedant.*

7. *Quibus mediantibus statum, & generositatem à primis Cunabulis insignisque recta linealis pertinet, valeant suportare.*

8. *Idcirco, Attendentes vos Nobilem Lupum Eximini de Vrrea filium nostrum legitimum ex Nobili Domna Maria de Bardaxi, quondam uxore nostra, de legitimo Matrimonio procreatum, in quem nostra humana afectio post dies nostros, in & de Domo nostra intendimus fœliciter ordinare, vos in capite cupimus præservare, &c.*

9. *Per Donationem puram, perfectam, & irrevocabilem cedimus sub Vinculis, conditionibus, retentionibus infrascriptis vobis dicto Nobili Lupo, & vestris, & quibus volueritis, omnia, & singula bona nostra intra Regnum Ara-*

Aragonum constituta, & alia mobilia, tam intra Castra, & Domus nostras, quam extra. Y concluye haziendo varias substituciones à favor de los otros hijos del Donante, explicando en todos los substituidos, y puestos en condicion la calidad de legitimos, y de legitimo Matrimonio procreados.

10. A estas breves Clausulas reduxo el Donante las mas eficaces expresiones de su voluntad, para explicar el deseo de perpetuar los bienes donados en su Familia; y siẽdo cierto, que el Fideicomisso se puede constituir tacitè, vel expresè, constando de la intencion de inducirle, como asienta con muchos Torre *de Maiorat. tom. 3. decis. 32. num. 5.* y de los Mayorazgos, y Primogenituras el señor Molina *lib. 1. cap. 5. num. 1. & seqq.* y con gran copia de Autores el mismo Torre *de Maiorat. tom. 1. cap. 8. num. 1.* ampliando esta doctrina en el *num.* 2. aun en Provincias, donde ay Estatuto que obliga à estàr à la Carta.

11. Debemos suponer para examinar la voluntad del Donante, que en Aragon no fueron conocidos los Mayorazgos hasta el año 1507. en que escribiò los Comentarios à los Fueros Miguel del Molino retirado en el Castillo de Sobradiel, por el mal contagioso que inundaba este Reyno, como lo refiere el mismo en el Prologo, el qual en el *fol. 263. col. 4 in princ.* usò de la palabra Mayorazgo, como sinonomo de el derecho de Primogenitura, y Vinculo.

12. Suponemos tambien, que en Aragon no se conocia otro medio en aquel tiempo para perpetuar los biẽnes en las Familias, que la formacion de los fideicomissos arreglados à las disposiciones del derecho, teniendo por una misma cosa los Vinculos, y los Fideicomissos, segun resulta del *Fuero Vnico de fideicommissis* del año 1553. pues la Rubrica es *de fideicomissos*, y solamente se nombran *Vinculos* en lo dispositivo.

Tam-

13. Tambien debemos ſuponer, que no ſe inventaron las palabras para el material exercicio del oìdo, ſino para la mas perfecta inſtruccion del entendimiento, dominando la intencion del que las profiere, en la materia con que ſe explica, *Cap. Marquion.* 164.*Cauſ.*1. *quæſt.*1. ibi: *Nec putemus in verbis ſcripturarum eſſe Evangelium, ſed in ſenſu, non in ſuperficie, ſed in medulla, non in ſermonum folijs, ſed in radice rationis*; y Tertuliano, *fol. mihi* 493. *Lit. B: Verba non ſono ſolo ſapiunt, ſed & ſenſu; nec auribus tantumodo audienda ſunt, ſed & mentibus.* D. Caſtillo *lib.*4.*controv.cap.*7. *num.* 5. *& ſeqq.* Torre *d. cap.*8.*num.*4.*& ſeqq.*

14. De donde nace, que aſsi como en el derecho tienen igual eficacia las congeturas, y las palabras para la induccion de los fideicomiſſos, *ex leg. cum proponebatur* 64. *ff. de legat.*2. *in fin.* ibi: *Vt cumque precaria voluntas quæreretur, conjectura potuit admiti.* Petra *de fideicom.quæſt.* 9. *erudite* Beſoldus *conſ.* 11. *num.* 160. *& ſeqq.* D. Caſtillo *lib.*4.*cap.*8.*num.*7. Torre *ubi proximè, num.*8. ſe califican tambien en Aragon, quando las Congeturas, que reſultan de la Eſcritura ſon eficaces para perſuadir la voluntad de conſtituir fideicomiſſo en el que diſpone de ſus bienes.

15. Pruebalo Caſanate, con los motivos de la Real Audiencia de eſte Reyno, en la Cauſa de Don Martin Cabrero, deſpues del *Conſ.*20. ibi: *Ad quod ita ſentiendum, & judicandum, plurimæ, & urgentiſsimæ conjecturæ ſuadent, non ex cerebro ſomniantis, ſed ex verbis & littera Teſtamenti deſſumptæ, quas, ſuppoſita maniſeſtiſsima Teſtatoris voluntate, (de qua nullus dubitare poteſt) ex claris & apertis verbis Teſtatoris (ne contra Cartam certare, aut extra eam vagari videamur) comprehendere & colligere licèt, ſumpto etiam argumento à majoritate, paritate, aut identi-

identitate rationis, aut absurdo vitando, quæ argumenta fori, & observantiæ hujus Regni, & illorum prisci, & moderni interpretes minimè respuunt; & subselia, & Suprema Tribunalia hujus Regni (omito extera Parlamenta, Rotas, Senatus, Suprema Consilia) ex eis, & ex conjecturis litteræ amicis, & ab ea non admodum desidentibus, ex vi comprehensiva, declarativa, & ex collatione partium, & clausularum Scripturæ inter se, & mutua interpretatione, quæ omnium ultima est, ultima, & media prioribus copulando (quod frequentissimum est in jure nostro) in gravissimis & arduis causis, & huic nostræ affinibus, non semel judicarunt.

16. Con que siendo el constitutivo de esta especie de disposiciones antiguas (ò bien se llamen Fideicomissos, ò Vinculos, Primogenituras, ò Mayorazgos) la unidad de la succesion, y la perpetuidad de la disposicion, ex D. Molina *lib.1.cap.4.per tot.& lib. 1.cap.5.num.31.in fin.* D. Valenz. *Cons.69.num.5.* D. Castillo *Cap.93.§.4.num.6.& §.6.in princ.* Torre *tom.1.cap.9.§.3.num.14. & seqq.* para probar que la voluntad del Donante no fue otra, que el querer perpetuar los bienes en su Familia, succediendo uno solo, segun el orden de la Escritura, y despues por el orden regular que prescribe el derecho; se expondràn las clausulas de la Donacion, ponderando las mas eficaces Congeturas que resultan de la letra, para convencer la constitucion del Fideicomisso descensivo, perpetuo, y reciproco que pretendemos; pues el negar que las Congeturas literales, urgentes, y juridicas son medio proporcionado para examinar la voluntad del que dispone de sus bienes, es lo mismo que querer privar al Sol del calor que ocasiona el natural influxo de sus rayos, ut ait Fontanell. *decis. 31.num.22.in fin.*

PRIMERA CONGETURA.

LA CALIDAD DE LA PERSONA DE EL Donante.

17. LO primero que tubo presente el Donante fue la Nobleza de su persona, *num.* 1. ibi: *Nos Nobilis Petrus de Vrrea*, cuya elevada calidad quedò bien acreditada con aver sido despues su Familia digno assũpto del Fuero *fin. de Jur.dot. en el año* 1533. Y el noble esplendor del que dispone, es una de las mas eficaces Congeturas para persuadir que tuvo voluntad de perpetuar los bienes en su Familia; pues aunque el deseo de conservarla sea comun à todos, es mas superior, y eficaz en un Noble, por la mayor elevacion de su Linage; y por esso aconsejò el Texto *in l. ex facto* §. *si quis rogatus*. El 1. *ff. ad Trebel.* que se devia tener muy presente esta circunstancia para examinar la voluntad del Fideicomitente, ibi: *Sed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & ex conditione ejus qui fideicommisit accipiendum est.*

18. Y de este deseo de conservar las Familias, que superiormente resplandece en los Nobles, dixo Matienzo en el *lib.5.recopil.tit.7.gloss.4. num. fin.* que tuvo origen el juntar Tiraquelo el Tratado de Nobilitate con el de Primogenitura: *Quia Nobiles præsertim abhorrent, quod Nobilitatis splendor obscuretur; & sic primogènia ad conservationem Familiæ constituunt, ne per divisionem bonorum, genus vilescat.*

19. Y por ser tan repugnante la division de los bienes à la conservacion del esplendor de la Familia, aconsejò San Bernardo à una persona Ilustre, que en personas de igual classe, era mas conveniente la dispersion de los hijos, que la division de los bienes, ut ex Abbate, *in cap.*

licet

licet de voto, *refert* Crespi *observ.22.num.*22.ibi: *Ex personarum qualitatè*, *fideicommisi*, *sivè maioratus conjecturam dessumi*, *probant nostri*; *quia in Dibi Bernardi Sententia*, *quam refert Abbas in cap. licet de voto*, *cum de sua dispositione à quodam Comite interrogatus fuisset*, *respondit*, *Nobilibus meliorem esse filiorum*, *quam bonorum dispersionem*; *Rusticos facturos*, *ut libuerit*; *Mercatores autem melius esse ut æqualiter bona distribuant*.

20. Y por este motivo se tiene por favorable la induccion del fideicomisso en personas de Ilustre Familia; pues imitando al prudente Agricultor, que corta los menores ramos del arbol, y la cepa, para que se mantenga, y crezca con mayor robustèz el tronco; acostumbran disponer de todos sus bienes en uno solo, evitando por este medio la division de su Patrimonio, à fin de que reducida la succesion à una sola persona, no decaìga de su elevacion el lustre de la Familia, como dixo Soto *de Just. & jur.lib.*4.*q.*5.*art.*1.*vers.at vero*, ibi: *Primogenia instituentes agricolis prudentibus similes esse*, *qui arbori*, *& viti*, *minores ramusculos circumquaque amputant*, *ut præcipuum germen in truncum excrescat*.

21. Rindiendo en esta forma los bienes mayores, y mas utiles frutos, no solo para la conveniencia particular de los successores con la decente conservacion de su Estado, sino tambien para el beneficio publico de la Republica, como prueba con elegancia el señor Molina *lib.* 2. *cap.*1.*num.*3. ibi: *In constituendis Primogenijs bonum publicum versatur*; *Reipublicæ namque interest Ilustres Familias*, *earumque Patrimonia conservari*, *ut viri optimates*, *& Proceres Rempublicam ipsam tueantur*, *belloque*, *& pace Regibus deserviant*; *sicque Primogenitus ipse totius Familiæ robur*, *ac præsidium*, *fratresque inopes alere*, *sorores etiam egentes dotare adstrictus sit*, *aliaque quam plura*

onera

onera in propia Familia decus, ac honorem subire debeat, quod tiſra bonorum coligationem fieri non poteſt, cum ex bonorum diviſione, bona atenuentur & exinanientur, patrimoniaque etiam ampliſsima deſtruantur, pereantque etiam antiquarum veſtigia familiarum; quod in Reipublica clariſsimam perniciem vergere notiſsimum eſt. Es terminante Mieres *de Maiorat.p.*1.*q.*10.*num.*69.& 70.

22. Eſta fue la maxima que tuvo D. Pedro (*num.*6.) para hazer donacion de ſus bienes à ſu hijo Don Lope, (*num.*11.) y los ſuyos, como reſulta de aquellas palabras del *num.*4. alli: *Attendentes, Progenitores circa propagines claras filiorum, ſtimulante natura, cordialiter affici, deſiderantes*; pues la palabra *propagines*, en ſu ſentido Gramatical, ſignifica una continuada ſerie de deſcendientes, juxta illud Ovidij 5. *Faſt. Non hæc ille Deus tantæque pro paginis Author.* Y en el miſmo ſentido uſa de ella la Sagrada Eſcritura en varios Capitulos, como ſon el 40. del *Geneſis*, Jeremias *cap.* 5. *Numer. cap.* 2. Y mas à nueſtro intento en el *cap.* 17. de Ezequiel, donde hablando del Rey Sedechias en parabola de viña, dixo: *Cumque germinaſſet, crevit in vineam latiorem humili ſtatura, reſpicientibus ramis ad eam, & radices ejus ſub illa erant; facta eſt ergo vinea, & fructificavit in palmites, & emiſit pro pagines.*

23. A eſta ſemejança diſpuſo de ſus bienes el Donante: Viò ſu Familia eſclarecida por las hazañas de ſus Progenitores, y opulenta, por la eſtimacion de ſu dilatado Patrimonio; como obligado à tan alto origen, no apartaba la atencion de los que le avian conſtituìdo en igual fortuna. Y hallandoſe con medios tan proporcionados para mantener la elevacion de ſu Caſa, y con el conſuelo de tener Succeſſor en quien continuarla, quiſo dàr providençia à ſu poſteridad, para que unidos los bienes à

la

la elevacion de ſu Nobleza, ſirviera uno, y otro de eſpejo à ſus deſcendientes, donde vieran los medios de adquirirla, para que no pudieran ignorar el modo de conſervarla.

24. Y por eſſo explicò inmediatamente la impoſsibilidad de conſervar el eſplendor de ſu familia ſin la perpetua duracion de ſus bienes; *ut num. 7.* ibi: *Quibus mediantibus & ſtatum & generoſitatem à primis cunabulis, inſigniſque recta linealis pertinet, valeant ſuportare*; y ſeria eſtraña, y violenta interpretacion el preſumir, que explicando con tan geminadas expreſsiones el deſeo de conſervar el eſplendor de ſu Familia, diſpuſiera al miſmo tiempo, dando libertad de dividir, y agenar ſus bienes, que era el medio mas proporcionado para ſepultarla en el olvido, dexando juſtamente quexoſos à los que deſeaba dexar favorecidos; pues à un tiempo conſideraba à ſus deſcendientes neceſitados de los bienes de ſus anteceſſores para la conſervacion de ſu Nobleza, y los exponia à envilezerla con el permiſſo de ſu diviſion, y agenacion en eſtrañas Familias, dolor bien explicado por el Texto *in leg. lex quæ tutores, verſ. Nec verò C. de adminiſtr. tutor.* ibi: *Nec verò domum vendere liceat, in qua defecit pater, Minor crevit, in qua Maiorum Imagines aut non videre fixas, aut revulſas videre ſatis eſt lugubre.*

25. Y ſiendo tantas las clauſulas de la Donacion donde expreſſa el Donante el deſeo de conſervar el eſplendor de ſu Familia, no es creible que quiſiera exponer à ſus deſcendientes, con la facultad de agenar, à que por la falta de medios obſcurecieran la memoria de ſu Iluſtre Aſcendencia, ſiendo tan natural, aun en perſonas de inferior claſſe, el deſeo de perpetuar en ſu poſteridad la memoria de ſu nombre, ad tex. *in l. cum filius §. Pater ff. de legat.* 2. ibi: *Sempronio nepoti meo plus tribuas in honorem mei nominis.*

Todo

26. Todo lo comprehende, usando de las palabras de la Donacion, Ramirez *de Leg. Reg. §. 30. num.* 2. ibi: *Cum Parentes liberos suos, naturali jure primevo alere teneantur, ex consequentia, illis mortuis, eorum bona ad liberos jure naturali spectant, & naturali parentum voto, eis omnia sua parare dicuntur, & dulci offitio fungi, cum illos hæredes scribunt, quia à quibus acceperunt esse, debent accipere, & conservari in esse... Cum honor & Nobilitas paterna, sine divitijs, & bonis conservari non posit, imò divitiæ necessariæ sint, pro conservanda nobilitate maiorum, & honore Familiæ.*

CONGETURA SEGUNDA.

LA CALIDAD DE LOS BIENES DONADOS.

27. SON los bienes comprehendidos en esta Donacion muchos Castillos, Villas, y Lugares de numerosas Poblaciones, con Jurisdiccion en todos ellos; de cuyas circunstancias resulta una vehemente pressumpcion del eficàz deseo con que el Donante solicitaria la conservacion de los bienes indivisos à beneficio de su posteridad; entendiendo uniformemente los Autores, que esta Congetura es de las que mas eficazmente persuaden en el que dispone el deseo de perpetuar los bienes en su Familia, como prueba con muchos Casanate *Cons.* 47. *num.* 20. y siguiendo à Màntica, dize: *Vbi infert ex qualitate rerum, si sint magni pretij, vèl honorabiles, & charæ testatori, conjecturam sumi, ut voluerit eas ad suam posteritatem pervenire, & præssumi inductum fuisse fideicommissum.* Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 9. *num.* 190. Leon *decis.* 60. *num.* 8.

28. Y en fuerça de estas dos Congeturas de Noble-

za de la Familia, y estimable calidad de los bienes, dixo el señor Ualenzuela, que no era novedad el inducir Fideicomisso, ni el considerarlo repetido, *cons.* 40. *num.* 19. ibi: *Quod certius est, attenta nobilitate testatoris, & ejus Familiæ, & qualitate bonorum, quorum conservationi prospexit; & quando testator, testatrixve est de Nobili Familia, præsumitur ipsam voluisse conservare, leg. Pater &c. Nec novum est etiam ex qualitate rerum, & bonorum, & induci fideicommissum, & repetitum censeri.* Y lo mismo comprueba D. Castillo *lib.* 6. *cap.* 143. *num.* 44.

29. Haziendose mas ponderable esta Congetura en nuestro caso, por averse otorgado en Aragon dicha Donacion; pues aviendo concedido la Corte General en el año 1307. que pudieran los Nobles, Cavalleros, è Infanzones instituir Heredero à un hijo, dexando à los demàs lo que les pareciere, *ut Casalia eorum in suo bono statu conserventur, cum per divisionem filiorum de facili deperire possent*, como resulta del *Fuero* 1. *de Testamentis nobilium*; es sumamente inverosimil, que el Donante hiziera una disposicion contra la facultad establecida por Ley, à instancia de los de su misma calidad, y de su misma Familia, ibi: *Ad suplicationem nobis factam per Varones, mesnadarios, milites, & Infantiones.*

30. Y assi en Aragon es reduplicativa la pressumpcion de apetecer los Nobles la conservacion de los bienes en sus Familias, porque dicho Fuero no concediò indistintamente el privilegio de disponer en un hijo solo, por evitar el perjuìzio de la division de los bienes, sino que lo estableciò à beneficio de los Nobles, por ser los de esta calidad el coraçon de la Republica, cuyos interesses, y cuydados deven aplicarse con igualdad al reparo de sus daños, y de los agenos, ut erudite probat Ramirez *de Leg. Reg.* §. 13. *per tot.*

TER-

TERCERA CONGETURA.

EL PROHEMIO DE LA DONACION.

31. Vno de los medios mas conocidos por derecho para comprehender la voluntad de los Otorgantes, es la prefacion, ò prohemio de la Escritura, per tex. *in leg. titia* 134. *ff. de verb. obligat.* ibi: *Plerumque ea quæ prefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur*; de forma, que siendo general la prefacion, aunque se subsigan palabras especiales, por la virtual comprehension del Prohemio, se califica general la disposicion, ex D. Molina *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 1. *& seqq.* D. Castillo *lib.* 2. *cap.* 22. *num.* 97.

32. Y en nuestro caso no es dudable, que explicò el Donante en el Prohemio de la Donacion el deseo de perpetuar los bienes en su Familia, como resulta de aquellas palabras del *num.* 5. alli: *Et quia individuum in patre non potest perpetùo conservari in esse, nisi per spem stilitus filiorum conservetur, ut desitiente genitore, genitus adveniat succesivè per lineam descendentem*; palabras que sobre ser tan comprehensivas de su posteridad, serian bien inutiles si huvieran de terminar en una Donacion momentanea, sin tracto succesivo, y con libre disposicion de los bienes en el Donatario; sin cuya conservacion explicò tambien el Donante la imposibilidad de conservar el lustre de su Familia, como resulta de la Clausula de el *num.* 6.

33. Y aviendo contemplado, y explicado el Donante, por causa final de su disposicion, la conservacion de su Familia con clausulas generales, comprehensivas de todos sus descendientes, aunque se consideren especiales los llamamientos, y contrahidos à personas determinadas, se debe-

deberàn entender comprehendidos todos los deſcendientes en las vocaciones eſpecificas; por la generalidad que influye en ellas la cauſa final que explicò el Donante por via de regla en el prohemio de ſu diſpoſicion, como prueba con muchos, y graves Autores Aguila ad Roxas *p.* 1. *cap.* 2.*num.*27.*& ſeqq.*

34. Y por deberſe regular las diſpoſiciones por la Cauſa final explicada en el Prohemio, con la miſma ſubordinacion, y dependencia que tiene el cuerpo de la alma; aunque eſtè ceñida la Ley en lo diſpoſitivo à los caſos expecificos que expreſſa, ſe debe eſtender la diſpoſicion à todos los caſos que eſtubieren comprehendidos en ſu razon Prohemial, ex late congeſtis à D. Franciſco Salgado *de ſuplicat.ad Santiſſ.p.*1.*cap.*9.*num.*15.*&* 56. Y puede ſervir de copioſa alegacion en comprobacion de eſte punto el *Conſ.* 119. del ſeñor Valenzuela *num.* 64. *& ſeqq.* donde recopilò quanto ſe puede diſcurrir à favor de lo que dexamos fundado.

35. Lo qual no ſolo procede en las Leyes, ſino tambien en los Eſtatutos, Bulas, Reſcritos, Sentencias, Contratos, y ultimas voluntades, como prueba Julio Caponio *tom.*2.*diſcept.*81.*num.*28. *& ſeqq*: Con que ſiendo favorable la induccion de los fideicomiſſos, quando la voluntad del que diſpone ſe encamina à la conſervacion de ſu Familia, ex Ramirez *de Leg.Reg.*§.30.*num.*6.deberà proceder lo miſmo en nueſtro caſo, por aver explicado el Donante como unica cauſa de ſu diſpoſicion, el eficàz deſeo de eſtablecer en la mas perpetua ſeguridad el eſplendor de ſu Familia.

36. Sin que puedan ſer de conſideracion las doctrinas de Rocca, y Merlino, que ex adverſo ſe citan, para que no deba hazerſe merito del Prohemio de la Donacion en que expreſsò el Donante el deſeo de conſervar los bie-

E nes

nes en ſu Familia. Porque dichos Autores hablan en el caſo de no aver otras Congeturas que perſuadan el Fideicomiſſo, como reſulta de la *Deciſ.* de Merlino 126. *num.* 70. ibi: *Nulla enim urgent verba diſpoſitiva, nulla alienationis prohibitio, vèl alia præpotens ſuadet conjectura quod Donans voluerit inducere perpetuum fideicommiſſum*; y en nueſtra Donacion ſon muchas las Congeturas literales que perſuaden, y aun combencen la perpetuidad de el Fideicomiſſo.

37. Y para mayor convencimiento de eſta verdad, debe repararſe en la Clauſula del *num.* 6. alli: *Et propterea Parentes, maximè magnati, & generoſi, temporalia bona filijs ſuis ex voto præparant, & comitunt*; cuyas palabras demueſtran, que el Donante para hazer la Donacion no atendiò à la calidad de Padre, que es relacion que termina en el hijo; ſino que conſiderò la calidad de aſcendiente, que dize relacion preciſſa à toda ſu deſcendencia; y por eſſo no ſe valiò de la palabra *Patres*, ſino *Parentes*; cuya ſignificacion es comprehenſiva de todos los aſcendientes, ſegun el *Texto in leg.* 4. *ff. de in jus vocando*, ibi: *Quidam, parentem uſque ad tritabum apelari ajunt; ſuperiores majores dici*: Hoc *veteres exiſtimaſſe Pomponius refert; ſed Gayus Caſius omnes in infinitum parentes dicit; quod & honeſtius eſt, & merito obtinuit.*

38. Y quando la palabra Hijos ſe halla pueſta en la diſpoſicion cum relatione *ad parentes*, es igualmente cierto que comprehende à todos los deſcendientes; per tex. *in l. liberorum* 220. §. *fin. ff. de verb. ſignif.* ibi: *Præter hæc omnia natura nos quoque docet, parentes pios, qui liberorum procreandorum animo, & voto uxores ducunt, filiorum apelatione omnes, qui ex nobis deſcendunt, contineri; nec enim dulciore nomine poſſumus Neppotes noſtros, quam filij appelare; etenim idcirco filios, filiaſve*

ve concipimus, atque ædimus, ut ex prole eorum, earumve diuturnitatis nobis memoriam in ævum relinquamus.

39. Y por este motivo las palabras, *propter votum Parentum, & naturalem erga filios charitatem, de la Ley 15. ff. de inoffic. testam.* de que usò tambien nuestro Donante, las entiende de los descendientes Petra *de fideicom. quæst. 9. num.* 18. ibi: *Votum enim commune parentum est, ut eis omnes descendentes succedant, l. nam & si ff. de inoffic. testam.* Y assi aviendose valido el Donante del estilo de los textos para la explicacion de su voluntad, deve corresponder à sus clausulas la misma significacion que atribuyeron los Jurisconsultos à las palabras con que se hallan formadas, que todas convencen la perpetua conservacion de los bienes en su Ilustre Familia.

QUARTA CONGETURA.

LA EXPLICACION DE QUE DEBA SER lineal la succesion de los bienes donados.

40. POr el motivo que dexaba advertido, de no poderse conservar su Familia en un individuo, sin la permanente providencia de que por la muerte del Padre, passe, y se conserve la succesion de unos hijos en otros, *per spem stilitus filiorum conservetur*; explicò el Donante *num.* 5. *quod desitiente genitore, genitus adveniat succesivè per lineam descendentem*, repitiendo lo mismo en la Clausula inmediata, de cuya expresion resulta congetura eficaz para persuadir comprehension de todos los descendientes en la disposicion de que se trata; por ser cierto, que en qualquiera linea de succesion estàn comprehendidos todos los descendientes in infinitum; sino se halla limitada, por el disponedor de los bienes, à cierto numero, ò genero de personas.

Por

41. Por cuyo motivo dixo Rosa *Consult.* 40. *num.* 13. verſ. *hæc omnia*, que eſta preſſumpcion no debia llamarſe congetura, ſino evidente demonſtracion de la voluntad, de aver querido llamar à toda la deſcendencia; y aumentando otros Autores entiende lo miſmo Torre *p.* 1. *cap.* 40. *num.* 71. & 72.

42. Y ſiendo el conſtitutivo de la linea la pluridad de perſonas que han de ſucceder, ſegun el orden eſtablecido por las diſpoſiciones del derecho; ò ſegun la forma preſcripta por la voluntad del que diſpone; ò ſegun la coſtumbre legitimamente introducida por los que huvieren ſuccedido en los bienes, como advierte Roxas *de incompat. p.* 1. *cap.* 6. *num.* 23. ſeria eſtraña interpretacion el entender, que la ſuccesſion, y deſcendencia lineal que explicò el Donante terminara en el Donatario, al qual no ſon aplicables las palabras, *genitus adveniat ſucceſivè per lineam deſcendentem*; por ſer incompatibilidad manifieſta, que el Donatario formara linea ſuccesſible, no teniendo derecho ſus hijos, y nietos para ſucceder en los bienes donados.

43. Y lo explicò con mayor claridad el Donante, quando hablando con el miſmo Donatario, dixo, *Imò ex verò noſtro ſanguine in ipſa domo vos in capite cupimus præſervare*; cuyas palabras ni tienen, ni pueden tener otro ſentido, que el deſear hazer à ſu hijo Cabeça de linea de los que avian de ſucceder *per lineam deſcendentem*, que era el unico medio, que avia premeditado, y dexaba prevenido para la duracion, y permanencia del eſplendor, y luſtre de ſu Familia; pues el ſentido natural de las palabras lo perſuade, y la repeticion con que explicò eſte deſeo lo convence, ſin dexar lugar à preſſumpciones, y argumentos para pretender lo contrario, ex Màntica *de coniect. ultim. volunt. lib.* 3. *tit.* 4. *per tot.* & *num.* 5. *referi.* ſequen-

ſequentia verba Ciceronis : *Neque oportet de ejus voluntate nos argumentari, qui ne id facere poſsimus, Iuditium nobis reliquit ſuæ voluntatis*; por ſer impoſible natural, y juridico, el hazer Cabeça de linea al Donataro, y atribuirle al miſmo tiempo libre diſpoſicion de los bienes con facultad de agenarlos en perſonas eſtrañas.

44. Y quando el que diſpone ſe vale de las palabras *Progenies, de meo ſanguine, linea*, y otras ſemejantes, como lo exeutò el Donante en la diſpoſicion de que tratamos, no es queſtionable la perpetuidad de la diſpoſicion, y comprehenſion de todos los deſcendientes, aſsi Varones, como Hembras, Cardinalis de Luca *de fideicom. diſc.* 146.*num.*4.ibi: *Siquidem atenta propria ſignificatione dicti vocabuli Progenies, illud de ſui natura tanquam idem ſignificans ac linea, eſt univerſale, & complectitur omnes qui ab aliquo generantur, ſivè ſint maſculi, ſivè ſint fœminæ*, citando à Fuſſario, Barboſa, Graciano, y Màntica. Repitiendo lo miſmo *in ſuma dicti tractatus num.* 273. 274. & 275.

QVINTA CONGETVRA.

EL AVER VSADO EL DONANTE DE LA palabra Vinculos.

45. ES cierto que el Donante en varias partes de ſu diſpoſicion, usò de la palabra, *Vinculos*, la qual, ſegun el comun uſo de hablar, tiene el miſmo ſignificado que la palabra *Mayorazgo*, ex D.Caſtillo *lib.*5. *cap.*143.*num.*20. ibi : *Maioratus namque, & Vinculum, de conſuetudine, & comuni loquendi uſu, idem ſignificat, eandemque vim, & virtutem habet, ſicut egomet ipſe notavi lib.2.cap.22.num.* 43. comprobando ſu dictamen

con

con varios exemplos, y Autores, quibus addendus Roxas *de incompat.part.8.cap.3.num.33.& 34.*

46. Y hablando de las diſpoſiciones de eſte Reyno prueban lo miſmo Miguel del Molino *Verbo Primogenitus fol.263.col.4.in princip.& verb.Teſtamentum fol.314. col.3.in fin.* Ramirez *de Leg.Reg.*§.28.*num.*11.*ad med.* ibi: *Vigore fideicommiſſi, ſeu maioratus, vèl, ut noſtri Aragonenſes vocant, Vinculi.*

47. Con que aſsi como explicada la voluntad de formar Mayorazgo, ſe entienden explicadas todas las providencias neceſſarias para eſtablecer la perpetuidad de la ſuccesſion à beneficio de los deſcendientes por via de Primogenitura, ad tradita per D.Caſtillo *lib.5.cap.*143.*num.* 2. *& ſeqq.* aſsi tambien aviendo explicado el Donante, que hazia dicha Donacion à favor de ſu hijo con Vinculos, y ſuccesſion lineal, ſe deben tener por explicadas todas las ſubſtituciones correſpondientes à la naturaleza del Vinculo; ſin que la expecifica mencion de los llamados, y ſubſtituìdos limite la perpetuidad de la ſucceſion apetecida por el Donante; ſirviendo ſolamente la nominacion de perſonas para atribuir prelacion à los nombrados; pero no para limitar la voluntad del diſponedor de los bienes, como dixo Maldonado *in addit. ad D. Molinam lib.*1.*cap.*4.*num.*33.ibi: *Enumeratio ſpecifica perſonarum, quamvis per modum taxationis, ſucceſionem non reſtringit, ſed ſolummodo tribuit nominatis prælationem*; & cum alijs Ferdinandus ab Aquila *in addit. ad Roxas p.*1.*cap.*2.*num.*27.



SEXTA

SEXTA CONGETURA.

LA INVEROSIMILITUD, Y ABSURDO QUE contendria la Donacion, sino estuvieran gravados los Nietos, como lo estuvo el hijo del Donante.

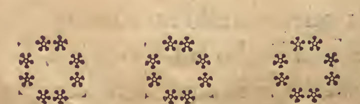
48. NO es dudable, que es uno de los argumentos mas eficaces el de absurdo vitando para comprehension de la voluntad del Fideicomitente, como advierten Casanate *Conf. 66. num.* 28. & 30. Sesse *decis.* 254. *claus.* 13. D. Castillo *lib.* 5. *cap.* 164. *num.* 13. Tambien es cierto, que uno de los mayores absurdos que se pueden considerar es, que la persona mas predilecta sea de peor condicion que las menos dilectas; y teniendo el Donatario las predilecciones de hijo conocido, y llamado en primer lugar en la Escritura, ad tradita per Mieres *de Maiorat. p.* 2. *q.* 6. *à num.* 52. D. Castillo *lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 15. Casanate *Conf.* 15. *num.* 30. & *conf.* 45. *num.* 94. se debe presumir mas favorecido del Donante, aunque sea con impropiacion de las palabras de la Donacion, ex D. Valenzuela *Conf.* 23. *à num.* 31. *ad* 38.

49. Y en consequencia de ello, se haze à todas luces inverosimil, y aun increible, que dexara gravado el Donante à su hijo, con substitucion expressa à favor de sus Nietos no conocidos, y que à estos los eximiera de dicho gravamen, atribuyendoles la libre disposicion de los bienes en personas estrañas; borrando en la succesion de sus Nietos todas las providencias con que explicò el deseo de perpetuar indiviso su Patrimonio à favor de su descendencia; pues quando no concurriera otra circunstancia, que el aver hecho la Donacion à favor de su hijo, *y los suyos*; bastaba para entenderse comprehendidos como en llamamiento colectivo, y generico todos los Descendientes

dientes del Donàtàrio, ex Fontanell. *de pact. clauſ.* 4. *gloſ.* 9. *p.* 3. *num.* 32. Mieres *de Maiorat. p.* 2. *q.* 5. *num.* 59. Ramon. *Conſ.* 9. *num.* 2. 4. & 9. *conſ.* 17. *num.* 25. & *conſ.* 100. *num.* 346. & *ſeq.*

50. Y debera ſucceder uno deſpues de otro por el tracto ſucceſivo que contiene dicha Donacion; pues las palabras, *defitiente genitore, genitus adveniat ſucceſivè per lineam deſcendentem*; no ſe hallan concretadas à cierta, y determinada perſona, ſino genericè & indefinitè prolatæ; y para que puedan tener el efecto que les correſponde, ſe han de entender diſtributivè, & repetitivè en cada uno de los deſcendientes, y ſucceſſores, Menochius *Conſ.* 904. *num.* 44. ibi: *Hæc vocatio ſic ſucceſivè facta, arguit Teſtatorem voluiſſe conſtituere primogenituram*; pues agenando los bienes el Procreante, no podria paſſar la ſucceſion al procreado, que es lo que quiſo el que diſpuſo de ellos.

51. De forma, que no dixo, que faltando el Padre ſuccedieran los hijos, ſino que avia de ſucceder uno ſolo, ibi, *ut defitiente genitore, genitus adveniat ſucceſivè per lineam deſcendentem*; y aſsi reſulta una notoria excluſion de la facultad de agenar en eſtraños, y una preciſa obligacion de mantener los bienes indiviſos, por aver de ſucceder con perpetuidad, y uno ſolo de la linea donde hubieren entrado los bienes, que es el conſtitutivo de los Mayorazgos, ex Roxas *de Incompat. p.* 1. *cap.* 7. *num.* 53. D. Molina *lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 3. & 8. & *lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 29. D. Caſtillo *lib.* 5. *cap.* 93. §. 4. *num.* 7.



SEP-

SEPTIMA CONGETVRA.

POR NO TRATARSE DE INDVCCION DE fideicomisso, sino solamente de su continuacion.

52. PAra inducir un Fdeicomisso, se ha de començar gravando al Heredero à la restitucion de los bienes en beneficio del substituìdo; y por este motivo se tienen por odiosos los fideicomissos en lo que respeta à su induccion, como prueban Peregrino *de fideicom. art.* 1. *num.* 26. & *art.* 11. *num.* 37. Fussario *de substit. q.* 291. *à num.* 1. D. Castillo *lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 3. Pero quando yà se halla gravado el Heredero por el Fideicomitente; y solo se trata de la continuacion, y progresso del fideicomisso; por ser esta una calidad accidental, se deben admitir, y bastan menos eficaces Congeturas para persuadir la unidad de la succesion, y la perpetuidad de la disposicion, como prueba Fontanell. *decis.* 31. *num.* 18. ibi: *In secundo vero casu ubi fideicommissum fuit constitutum, & non agitur de onere imponendo, sed de declarando & interpretando fideicommissum ipsum constitutum, an ad unum, an ad plures conjunctim pertineat; quia non agitur degravando hæredem, sed de perscrutando mentem & voluntatem defuncti, leviores, & faciliores multò sufficiunt conjecturæ;* comprobando su doctrina con la Autoridad de Peregrino, Màntica, y Casanate.

53. Lo mismo prueba D. Crespi *observat.* 22. *num.* 11. ibi: *Et quambis verum sit, non tam facilè admiti institutionem fideicommisi, si de eo dubitari contingat, quam extensionem, si jam institutum est; non dubium tamen quin conjecturis utrumque fiat, ut & institutum censeatur, & amplietur. Ad extensionem tamen leviores sufficiunt. Ad institutionem maiores necessariæ sunt, ut rectè animadver-*

tit

tit D. Castillo *lib.5.cap.145.num.24.& seqq.* ubi *etiam in decissorijs id observandum ait.*

54. Lo qual tiene mayor ponderacion en nuestro caso; porque la continuacion de el fideicomisso, se pretende à favor de descendientes, y no à beneficio de colaterales; en cuyos terminos bastan levissimas Congeturas para probar que el Fideicomisso es perpetuo, y descensivo, Cardinalis de Luca *de fideicom. discurs.91.num.* 15. ibi: *Pro illarum eficatia ponderanda, præmitendum est, longam esse diferentiam inter fideicommissum descensivum, & transversale. Primo enim casu, facilius inducitur, atque leviores suficiunt conjecturæ, secus autem in secundo in quo eficaces, ac per necessè concludentes requiruntur; cum naturali, ac etiam politica affectione magis ducamur ad conservationem bonorum in nostris descendentibus, donec extant, quam in transversalibus, ut in his terminis Peregrinus, &c.* Torre *de maiorat. p.3. decis. 17. num. 7.* ibi: *Et cum precipuè hic agatur de personis descendentibus à Testatore, leviores, & pautiores sufficiunt conjecturæ ad hujusmodi vocationem eliciendam, ut de communi testatur Rusticus, &c.*

OCTAVA CONGETVRA.

POR EL TIEMPO EN QVE SE OTORGO LA Donacion.

55. CElebròse este contracto de Donacion en 12. de Deziembre del año 1412. tiempo en que no se conoçia otra providencia en el Reyno de Aragon, para perpetuar los bienes en las familias, por via de Fideicomisso perpetuo, descensivo, y reciproco con derecho de Primogenitura, que el usar los dueños de los bienes en

sus

ſus diſpoſiciones de la palabra *Vinculo*, como reſulta de los Fueros *de Fideicommiſſis*, y *de Teſtamentis Nobilium*, que dexamos citados en la ſegunda Congetura; y de lo que dixo Miguel del Molino *verbo Primogenitus*, *fol*. 263. *col*. 4. *ante med*. ibi: *Communiter tamen iſta loca, & caſtra, ſeu Varoniæ Aragonum ſolent per teſtamenta Avorum eſſe vinculata filijs; & deſcendentibus maioribus natu.*

56. Y aſsi ſe deben entender las palabras de la Donacion, ſin perder de viſta el tiempo de ſu otorgamiento, el eſtilo de la provincia donde ſe celebrò, y la calidad de la perſona que la hizo, ſegun el texto *in l. ſi ſervus plurium* 50. §. *ſi numerus* 3. *ff. de legat*. 1. ibi: *Ante omnia ipſius Patrisfamilias conſuetudo, deindè Regionis in qua verſatus eſt, exquirenda eſt: ſed & mens Patrisfamilias, & legatarij dignitas, vel charitas, & neceſitudo: Item earum quæ precedunt, vel quæ ſequuntur ſummarum ſcripta ſunt ſpectanda.*

57. Por ſer impoſsible que el Donante pudiera arreglar ſu diſpoſicion, y declaracion de ſu voluntad à Leyes no eſtablecidas en la Provincia donde diſpuſo de ſus bienes, ni à eſtilos no practicados en aquel tiempo por perſonas de ſu claſſe. Lo qual convence no poderſe venir en conocimiento de ſu voluntad, ſin tener muy preſentes todas las circunſtancias que ſe han referido, como ponderò muy à nueſtro intento San Juan Chryſoſtomo *in Canon. Occidit*. 114. *cauſ*. 23. *q*. 8. ibi: *Non ſola igitur reſpiciamus opera ſed tempus, & cauſam, & voluntatem; & perſonarum diferentiam, & quantacumque alia ipſis operibus acciderint, diligentiſsimè inquiramus. Non enim poſſumus ad veritatem alitèr pervenire.*

)(

NONA

NONA CONGETVRA.

LA QVE RESVLTA DE TODAS LAS CONGETVras en comun.

58. AVnque muchos Autores diſputan el numero de Congeturas que ſe requiere para perſuadir la perpetuidad de una diſpoſicion, como ſe puede vèr en Craveta *Conſ.62.* Cephalo *conſ.476.num.* 17. *& ſeqq.* Petra *de fideicom. q. 9.* lo cierto es, que qualquiera materia congeturable reſide en el prudente arbitrio del Juez, que reviſtiendoſe de la calidad del difunto, de la eſpecioſidad de los bienes, de el tiempo en que ſe otorgò la diſpoſicion, de las palabras de la Eſcritura, y otras ſemejantes; debe explicar lo que quiſo dezir el diſponedor de los bienes, ut animadvertit Cardinal. de Luca *de fideicom. diſc. 25. num.5.*

59. Y quando cada una de las Congeturas que ſe han ponderado, no fuera baſtante por sì à ſolas, para inclinar el animo à comprehender que el Donante quiſo formar un Fdeicomiſſo, deſcenſivo, perpetuo, y reciproco à favor de todos ſus deſcendientes; no parece que ſe puede dudar, que todas juntas ſeràn eficaces para perſuadir lo que no pudiera una ſola, como dixo el ſeñor Molina *lib. 1. cap.5.num.* 42. ibi: *Quod ſi aliqua conjectura indiſpoſitione inveniatur, quæ judicanti non ſatisfaciat reſpiciendum erit, utrum ſimul cum ea, alia etiam concurrat. Solent enim plures conjecturæ ſimul junctæ id eficere, quod una per ſe ſumpta eficere non poteſt.*

60. Lo qual procede aunque aya Eſtatuto que obligue à eſtàr à la Carta, Addentes ad D. Molinam *d.cap.5.num 42.in fin.* ibi: *Adeo ut locum habeat hæc ſententia etiamſi ſtatutum dicat, quod ſtandum ſit Cartis, nam adhuc ſuffi-*

cit

cit ex conjecturis percipi mentem disponentis eam fuisse, *ut instituerit maioratum.* Sessè *decis.65.num.28. cum seqq.*::: Et ita praxis observat. Y por esso dixo Casanate *Cons. 60. num.9. Quod inter tacitum quod includitur de natura expressi*, *& inter expressum*, *nulla est in punto juris diferentia.*

61. Con que siendo todas las Congeturas que se han ponderado literales, eficaces, juridicas, y aprobadas comunmente por los Autores, aun quando fuera menor el numero, deberian ser bastantes para convencer la perpetuidad en lo dispositivo de la Donacion, ut ait D. Castillo *lib.4.controv.cap.18.num.* 17. ibi: *Verè itaque negari non potest*, *quin aliquando una sola conjectura maximi futura sit efectus*, *& momenti*, *ac omnino debeat in consideratione haberi si ejusmodi sit ut in proposito*, *& in casu occurrenti*, *necessaria*, *aut concludens*, *aut multum probabilis videatur.*

62. Singularmente no tratandose en nuestro caso de induccion de fideicomisso, la qual se tiene por odiosa, por presumirse los bienes libres segun derecho, ex Peregrino de *fideicom.art.1.num.20.& art.11.num.37.* Fussario *de substit.q.291.num.1.* D.Castillo *lib. 4.controv.cap.9. num.* 3. sino solamente de declarar, si el gràvamen impuesto al Donatario à favor de sus hijos, y demàs substituìdos, debe continuarse con tracto perpetuo, y successivo en todos sus descendientes, para lo qual bastan menos, y mas deviles Congeturas, ex Fontanell. *decis. 93. num.*14. ibi: *Item regula prædicta*, *standum esse potius menti quam verbis*, *licet non habeat locum*, *cum agitur de fideicommisso inducendo*, *& formando*; *secus est quando de fideicommisso jam inducto declarando tractatur*, *Raudens. &c.*

63. Y de què serviria en el Donatario la prohibicion

de

de agenar que resulta de la substitucion de sus hijos, si estos, ò sus hermanos tubieran libertad de disponer en estraños, como ponderò muy à nuestro intento Fontanell. *decis.93.num.* 8. ibi: *Consistit autem ratio naturalis in hoc, quod nisi diceremus voluisse testatorem, quod perpetuò bona remanerent in Familia, nec ab ea exirent, nihil prorsus egisset secundum suum intentum; quid enim ei proficeret quod primus hæres non alienaret extra Familiam, sed servaret suam prohibitionem, si secundus bona extraheret à Familia.*

64. No solo tienen las Congeturas que se han ponderado las calidades de concluyentes, y aprobadas por derecho, que son las que tubo por precissas para inducir la perpetuidad, Lara *de vita homin. cap.*30. *num.* 90. ibi: *Et si maioratus probatur ex conjecturis, modo sint concludentes, vel legis authoritate munitæ*; sino que tambien se hallan asistidas de la razon natural, que es la que con mas vehemencia declara la voluntad, y mente del que dispuso, ex Fontanell.*d.decis.93.num.6.* ibi: *Quæ maximè procedere videntur in casu de quo tractamus, in quo ratio quæ allegatur est ratio naturalis, quo cassu dicitur apparere de mente, seu ratione finali, ac si esset expressa in dispositione, &c. Et est semper ratio naturalis multum privilegiata, potest enim pro lege allegari.*

65. Lo qual tiene mayor ponderacion en nuestro caso, por averse otorgado en este Reyno la Escritura de que tratamos, en el qual por precepto del señor Rey Don Jayme el Primero, en las Cortes que celebrò en Huesca el año 1247.siempre que no se encuentra disposicion Foral para la decision, se debe recurrir à la equidad natural, como resulta de su Prohemio, ibi: *Vbi autem dicti Fori non suffecerint, ad naturalem sensum, vel æquitatem recurratur*; optime Ramirez *de Leg.Reg.* §. 21. *num.*
29.

29. ibi: *Vnde in Aragonia ex duabus oppinionibus, illa quæ æquitate corroboratur, judicando, & consulendo sequenda erit, etiamsi contraria sit comunis.*

66. Y por este motivo se han admitido siempre en este Reyno las Congeturas, calificandolas por medio preciso para examinar la voluntad de los Testadores, y Contrayentes, ex Portolès *Verb. Forus num.* 52. 57. 60. & 61. Casanate *Cons.* 60. *num.* 12. & 20. & *cons.* 17. *num.* 31. Sessè *decis.* 63. *num.* 20. *decis.* 94. *num.* 9. & *decis.* 236. *num.* 70. Ramirez *de Leg. Reg.* §. 33. *num.* 12. Y en Cataluña se decidiò lo mismo en el Ducado de Cardona, como resulta del *Cons.* 100. de Ramona, que obtuvo Sentencia à favor del Fideicomisso, con motivos sumamente semejantes à los que resultan de nuestra Donacion; pues aviendose hecho la disposicion de los Castillos, Villas, y Lugares à favor de Raymundeto, y à sus hijos, y despues à Hugoneto segundogenito, & *suis*, y despues à los hijos que tubiesse el Donador, (que son los terminos de nuestro caso) passò la succesion à la descendencia de Hugoneto, y se disputò :- si resultaba de la disposicion Fideicomisso perpetuo, y descensivo, ò quedò extincto con la existencia de los hijos del primero llamado, ò substituìdo?

67. Prueba con gravissimos fundamentos la induccion del Fideicomisso por los llamamientos; pues en el de Hugoneto & *sui*, està comprehendida toda su descendencia, *num.* 347. que no se pueden entender llamados *per vulgarem*, sino *per fideicommissum*, *ut n.* 348. sin capacidad de poder succeder muchos, sino uno solo, *num.* 351. ni ser composible la extinccion de la succesion en el primero llamado con las Congeturas de tracto succesivo, *à n.* 352. valiendose de las palabras del Prohemio en el *num.* 366. para persuadir la perpetuidad, ibi: *Nostrum facimus & ordinamus Testamentum, in quo omnia bona nos-*

nostra ordinamus , ne inordinata valeant aliquatenùs de cæterò reperiri ; por estàr comprehendido el tiempo futuro en la palabra *decæterò* ; la qual no puede equivaler à la geminada expressión de nuestras clausulas : *Et quia individuum in Patre non potest perpetuo conservari in esse, nisi per spem stilitus filiorum conservetur , ut desitiente genitore , genitus adveniat successive per lineam descendentem.*

68. Pondera en el *num.* 362. la estimacion de los bienes, la calidad, y explendor de aquella Ilustre Familia para persuadir la induccion del Fideicomisso à favor de toda la descendencia ; y en el *num.* 372. *circa fin.* insiere las palabras siguientes de aquella disposicion, que son las mismas de que se valiò nuestro Donador , ibi : *Prædictam siquidem ordinationem facimus adhoc ut Vizecomitatus Cardonæ , & ille qui Dominus , & Vizecomes fuerit ejusdem , posit vivere honorificè , prout temporibus retroactis eorum prædecessores honorificè vivere consueverunt.* Infiriendo de ellas la misma consequencia que dexamos fundada , *d. num.* 372. *in fin.*ibi : *Ex quibus verbis manifestè colligitur ratio propter quam Testator fecit dictam prohibitionem alienationis , ut scilicet bona semper conservarentur in dicto Vizecomitatu , cujus succesio in sua Familia erat radicata , & pro honore Familiæ , ut qui pro tempore in perpetuum fuerit Vizecomes honorificentius vivere posset, & antiquissimus ille splendor, quo semper sua Ilustrissima Familia enituerat , magis , & magis illucescat.*

69. A estas circunstancias correspondiò la Sentencia declaratoria del Fideicomisso perpetuo à favor de toda la descendencia , con derecho de Primogenitura, sin estrechar la succesion à calidad alguna irregular ; cuya resolucion insiere Ramona al fin de dicho *Consejo* 100.

70. Sin que pueda ser de reparo el advertir alguna diver-

diverſidad en las clauſulas de una, y otra diſpoſicion; porque los caſos no los parifica la uniformidad de las palabras, ſino la identidad de las voluntades en los que diſponen, por mas que varien en la explicacion, como ſe fundarà mas adelante.

71. Y ſi en la duda de eſtàr, ò no comprehendido algun caſo en la Ley, por defecto material de las palabras, debe recurrirſe à la intencion del Legislador, à la razon, y cauſa final de lo que ſe eſtablece, à la naturaleza, y circunſtancias de la materia de que ſe diſpone; y reſultando por eſtos medios la comprehenſion de lo omitido en las palabras, le correſponde el miſmo efecto, que ſi literalmente ſe hallara eſtablecido en la diſpoſicion de la Ley, ſegun los Textos *in cap. humanæ aures* 22. *q.* 5. *l. Non dudum C. de legib. l. non aliter ff. de legat.* 3. Con igual razon deberàn atenderſe las Congeturas que ſe han referido, para que reſultando de ellas la intencion, y voluntad del Donante de perpetuar los bienes en ſu Familia, ſe regule por ella ſu diſpoſicion, aun quando pudiera conſiderarſe dudoſa ſu explicacion, por el defecto de una, ù otra palabra, ò por alguna irregularidad en la formacion de las Clauſulas.

72. Reſultando, pues, de todo lo dicho, que el Donante explicò con baſtante expreſsion la voluntad de perpetuar los bienes en ſu Familia, conſtituyendo un Fideicomiſſo deſcenſivo, perpetuo, y reciproco à favor de toda ſu deſcendencia, ſin expreſsion de calidad alguna; hallandoſe en la linea predilecta, y de actual poſſeſſion la Condeſa de Peralada (*num.* 84.) funda inevitablemente ſu incluſion en fuerça de eſta Eſcritura, y haze patente la excluſion de ſus contendores: Lo uno, porque dicha Donacion, como anterior à todas las demàs diſpoſiciones, y Eſcrituras preſentadas en el Pleyto, debe dàr

I regla,

regla, para que por ella se govierne la succession en esta vacante; sin que los posteriores possehedores de los bienes ayan podido perjudicar el derecho, de quien se incluye por la primera fundacion del Fideicomisso, *ex leg.* 2. §. *sin autem cod. communia de legat.* D. Molina *lib.* 1. *cap.* 8. *num.*20.*&* *seqq.* ubi Addentes, & *lib.*4. *cap.* 1. *per tot*; lo otro, porque no aviendo apetecido calidad alguna irregulár elDonante,no puede aver descendiente suyo que en fuerça de dicha Donacion prefiera à la Condesa de Peralada (*num.*84.) à quien asiste la prelacion de la linea que formò para sì, y sus descendientes Don Lope (*num.* 15.) respecto de la linea que formò Doña Beatriz (*num.* 14.) ambos hijos del Donatario.

73. Y para reducir à breves Clausulas todo lo que dexamos fundado, sin que la mas escrupulosa censura pueda dudar la voluntad del Donante, de donde nace el derecho induvitable de esta Parte; ha parecido conveniente el concluyr este punto con la doctrina del Cardenal de Luca, por ser la mas comprehensiva de todas las circunstancias de nuestro caso, y dize asi en el *discurso* 89.*de fideicom.num.*12.*&* *seqq.* ibi: *Et consequenter errorem semper censui illum aliquorum qui in hujusmodi quaestionibus magnos improbos labores assumunt in consarcinando authoritates per classes, quasi quod ab earum arithmetico calculo veritas pendeat; sivè immorandi mordicus super regulis, ac propositionibus generalibus, cum re vera ista dicantur quaestiones voluntatis, & facti, potius quam juris, ut frequenter advertitur, certam ac determinatam regulam non recipientes, sed pro singulorum casuum individuis, ac particularibus circunstantijs decidentes, inspecta magis ac principaliter substantia verisimilis voluntatis Testatoris, non autem more gramaticale, vèl judaico, insistendo super solo sensu literali, seu formalitate verborum*

borum, atendendo tamen illas regulas generales, de quibus frequenter in præcedent. & sequent. tot. hoc tit.

74. *Primò scilicet, ut conjecturæ hinc inde metiendæ non sint singulariter, ac distinctæ, sed simul junctæ. Secundo, quod non semper eædem conjecturæ in eadem libera appendendæ sunt, sed juxta personarum, locorum, temporum, ac bonorum qualitates, ex quibus in uno casu eficaces, in altero autem ineficaces merito censendæ veniant. Et tertio potissimum ad rem reflectendum est, ad notabilem diferentiam inter successivam fideicomissariam inducendam ad efectum progressus in filios, ac descendentes ipsius gravati, ita in conditione positos; & ad alterum effectum formalis transitus ad diversum gradum substitutionum, diversumque personarum genus.*

SATISFACCION DE LOS REPAROS QVE SE *pueden formar con la letra de la Donacion contra el Fideicomisso que pretendemos.*

75. EL primer reparo, que resulta de la letra de dicha Escritura contra la perpetuidad del Fideicomisso, se puede colegir de la Clausula del Memorial ajustado pag. 5. ibi: *Cum hoc publico instrumento puræ, & perfectæ, ac irrevocavilis donationis, post dies nostros omni tempore valituro per francum & liberum aliodum donamus*, diziendo, que los bienes de esta calidad son libres de Vinculo, y Mayorazgo, por el genuino, y unico sentido de la palabra *alodium*.

76. Pero se satisface con que dicha palabra *alodium* significa bienes libres de Feudo, pero no de Vinculo, y Fideicomisso, ex Lexicone *juris verb. alode, vel alodum, alodium, vel allodium*, ibi: *Rerum igitur duo genera Barbarici scriptores constituerunt: Allodialia, quæ pleno Patrimo-*

trimonij jure sic tenebantur, ut eo nomine nulla neque gratia, neque merces, neque opera deberetur; & feuda quæ benefitio alterius sic tenebantur, ut eorum nomine gratia, & opera quædam deberetur. Antes bien esta voz tiene mucha afinidad con los Uinculos, y Fideicomissos perpetuos, por significar en otro sentido bienes inseparables de la Familia, como se refiere al fin del lugar citado, ibi: *Alodia proprij juris erant, fortassè germanico vocabulo sic dicta, quod Familiæ velut coagmentata sint, & conjuncta, hoc est inseparabilia à Familia; E IN ALOD: Vnde plerumque negligebantur benefitia regia: Alodia curabantur.*

77. Y que esto quisiera entender el Donante con las palabras *per francum, & liberum alodium,* se convence de la pag. 7. de dicho Memorial, donde despues de aver dado à su hijo las Uillas, y Lugares con diferentes derechos que en ellas, y ellos le pertenecian como à su Señor verdadero, y directo, expressa, *& cum censibus, laudemijs factis, & alijs juribus emphiteuticarijs, & alodialibus,* para que se los reconociessen, y pagassen al Donatario los Vassallos despues de los dias de dicho Donante: Luego si con esta ultima Clausula quiere dàr à entender, que las Villas, y Lugares deberàn al Donatario derechos alodiales, emphiteuticarios, y otros de que resulta el directo dominio que le pertenecerà en ellos, se infiere, que con la Clausula primera de la Donacion, *per francum & liberum alodium,* diò à entender, que se los concedia en quanto à sì, y à los suyos, francos, y libres de Feudo, ù otro dominio directo, y de reconocer por ellos alguna merced, servicio, ù otro cargo; y qualquier duda que resultasse de la generalidad de la palabra *alodium* puesta en la primera Clausula, se deberia quitar por la explicacion que hizo el mismo otorgante en dicha segunda Clausula de la misma Escritura, ex Casanate *conf.* 47. *num.* 60. 63. & 64.

En

78. En esta misma inteligencia han estado los descendientes del Donante, y Donatario; pues aviendo oìdo el Conde Don Miguel(*num.* 18.) que las Villas, y Lugares expressadas en la referida Donacion, pudieran estàr expuestas à Feudos, ù otros derechos de directo dominio; y siendo muy natural supiera, que sus Ascendientes les avian tenido sin esse gravamen, *y per francum & liberum alodium*, juxta *leg. 9. ff. unde cognati*; hizo à el Señor Rey Don Fernando la representacion que refiere el Memorial ajustado pag. 415. y obtuvo declaracion de su Magestad, de que eran libres de Feudos, y otros derechos semejantes, como consta de dicho Memorial en la pag. 416: Luego aunque esto mismo quisiera significar el Donante al Donatario con la Clausula *per francum & liberum alodium*, para que las tubiesse sin reconocer directo dominio alguno, pero no que se las concedia libres de los Vinculos, y substituciones que le expressaba en dicha Donacion, de la qual resulta el Fideicomisso perpetuo que queda fundado, y se confirmarà mas adelante à favor de la descendencia de Don Lope Donatario.

79. El segundo reparo se infiere de aquellas palabras: *Donamus vobis dicto Nobili Lupo filio legitimo, & vestris, & quibus volueritis*; las quales persuaden, al parecer; en el Donatario una libre facultad para disponer de los bienes donados dividiendolos à su arbitrio. Pero este argumento tiene facil satisfaccion; porque la verdadera inteligencia de la voluntad del Donante, y la naturaleza del Fideicomisso de que se trata, no se debe mutuar de una Clausula de la disposicion separada, ò independente de las otras; sino de todas juntas con union, è inseparabilidad de unas, y otras, por influyr todas con igual eficacia en la inteligencia de la Escritura, como advierte Torre *de Maiorat. part. 2. de succesio. in feud. fol.*

 492.

492.*num.* 141. ibi: *Sicut etiam ad dignoſcendum feudi naturam, non unica Clauſula, neque ſingulæ diviſim, ſed omnes ſimul junctæ, atendi debent.*

80. Y reſultando del agregado de todas las Clauſulas la voluntad de conſervar el eſplendor de ſu Familia, à la qual repugna la diviſion de los bienes; ſe ha de buſcar, y ſeguir la interpretacion que haga compatible la Clauſula, *veſtris, & quibus volueritis*, con las que antecedente, y ſubſiguientemente explicò el Donante; à ſaber es, *ſalvis tamen conditionibus, & Vinculis præexpreſsis*, ad tradita per Lucam *de fideicom. diſcurſ.* 56. *num.* 12.

81. Y aſsi eſtando comprehendidos en la diccion *veſtris* todos los deſcendientes del Donatario, debe entenderſe, que la ſucceſion tiene tracto ſuccesivo, y debe caminar de uno en otro, à fin de que ſe mantenga el luſtre de la Familia, como unico objeto del Donante, el qual depende de la conſervacion de los bienes indiviſſos con beneficio permanente à favor de toda la deſcendencia del que diſpone, Cancer. *lib.* 1. *variar. cap.* 8. *à num.* 62. *& ſeqq.* quam plures referens; Fontanell. *de pact. nupt. clauſ.* 4. *gloſ.* 9. *p.* 1. *num.* 1. *& p.* 3. *ejuſdem gloſ. à num.* 32. *& deciſ.* 55. *num.* 14. *&* 15. Ramon. *Conſ.* 100. *num.* 353.

82. En nueſtro caſo tiene menos dificultad eſte punto por las Congeturas de perpetuidad, que reſultan de la letra de la Donacion, por aver uſado el Donante de la palabra, *Vinculos*, de la diccion *Linea*, de la Clauſula, *genitus adveniat ſucceſsivè*; las quales no ſon verificables ſin la permanente duracion de los bienes en la poſteridad del Donante, ſuccediendo uno ſolo in perpetuum con inſeparabilidad de todos los bienes comprehendidos en la Donacion; de la palabra *Vinculos* lo dixo Ramirez *de Leg. Reg.* §. 28. *num.* 11. ibi: *Vigore fideicommiſſi, ſeu*

maio-

maioratus, *vel ut nostri Aragonenses vocant Vinculi*. De la diccion *Linea* lo advierten el señor Molina *lib. 3. cap. 4. num. 33.* ubi Addentes, D. Castillo *lib. 5. cap. 93. num. 40. & 41.* Y de la Clausula *adveniat successivè*, que corresponde à *adveniat gradatim*, lo enseñan Fussar. *de substit. q. 384. num. 7.* Menoch. *Cons. 904. num. 45.* singularmente aviendo expressado el Donante, que con dichas condiciones, y Vinculos, y nò de otra manera hazia la referida Donacion.

83. Es tan cierto lo referido, que sin embargo de aver dispuesto el Donador, que muriendo el Donatario sin hijos legitimos, y ab intestato, succedieràn en dichos bienes los otros hijos del Donante; si dicho Donatario huviera muerto sin testar, y sin hijos legitimos, pero con nietos, ò bisnietos; es sin duda que estos excluyrian à los hijos del Donador; es terminante Fussar. de *substit. q. 393. num. 30.* y lo mismo prueba Antonio Gomez *lib. 1. variar. cap. 5. num. 32. vers. tertio extende*.

84. Lo qual funda en el motivo juridico, de que en la condicion, *si sine liberis*, no solo estàn comprehendidos los hijos de primer grado, sino tambien los descendientes; y se evidencia mas esta comprehension, quando las disposiciones contienen tracto succesivo, de cuya classe es la Donacion de que tratamos; pues todos afirman la constitucion del Fideicomisso à favor de toda la descendencia del que dispone, D. Castillo *lib. 4. cap. 30. à num. 31.* Torre *de Maiorat. p. 1. cap. 9. à num. 121. & p. 3. decis. 63. num. 7.* Ramona *Cons. 9. num. 8.* ibi: *Et hoc fundamentum videtur indubitabile, quia non est maior ratio, quare filij primi gradus positi in conditione sint vocati, quam alij ulteriores, cum etiam in conditione positi sint, & pro eis militent prædicta conjecturæ; ideò non debent diverso jure censeri.*

85. Sin que pueda ser de reparo el aver aumentado

el Donador aquellas palabras, *ad dandum, vendendum, & alienandum.* Porque las Clausulas de la Escritura deben conciliarse, evitando la repugnancia, y contradiccion de unas con otras; y siendo cierto, que dicha Donacion comprehende bienes muebles, y sedientes; y estando prohibido en Aragon el vincular, ni sugetar à Fideicomisso los bienes muebles, sin individual, y expecifica mencion de cada uno de ellos, *ex observ. 1. de reb. vinculat.* Suelves *lib. 1. cons. 28. num. 25.* ibi: *In Aragonia verò mobilia bona Vinculari nequeunt, nisi specificentur*; las Clausulas inductivas del Fideicomisso hazen relacion à los bienes sitios, por aver apetecido la conservacion de ellos en su Familia, y la Clausula, *ad dandum, vendendum, &c.* es relativa à los bienes muebles, que por no estàr expecificamente nombrados, quedaron con la calidad de libres, y el Donatario con libre facultad de agenarlos en estraños; de cuya distincion se vale Torre *p. 2. q. 34. num. 47.* ibi: *Tum quia divisio facta non fuerat super bonis emphiteuticis tantum, sed etiam super allodialibus, in quibus verificantur Clausulæ denotantes facultatem alienandi, &c.*

85. Esta distincion resulta con evidencia de la letra de la Donacion; pues siempre que el Donador haze mencion de bienes sitios, y muebles, se vale de la Clausula, *vobis & vestris, & quibus volueritis ad dandum, vendendum, &c.* como resulta del Memorial *pag. 5. 6. 7. 8. 9. & 11.* y quando solamente habla de los bienes sitios, como son Castillos, Villas, y Lugares, solo dize *vobis, & vestris*, omitiendo la Clausula, *& quibus volueritis*, *ut in pag. 10. vers. injungentes, sivè mandantes, &c.* Y en la *pag. 11. in princ.* ibi: *Ita videlicet quod nunc pro tunc habebunt vos, & vestros in eorum Dominum, post dies nostros, & vobis, & vestris parebunt: ut eorum domino*

naturali, *& nemini alteri*; demonstracion evidente de que el Donador atribuyò al Donatario la facultad de agenar en estraños los bienes muebles de que dispuso, mediante la Clausula de que usaba quando hablaba de ellos; es à saber, *& quibus volueritis, ad dandum, vendendum, &c.* pero en consequencià del deseo que explicò de conservar los bienes sitios en su Familia, siempre que hizo mencion de los Castillos, Uillàs, y Lugares, excluyò la referida facultad de agenar en estraños, asi por aver omitido la Clausula, *& quibus volueritis, ad dandum, vendendum, &c.* como por aver limitado la pertinencia del dominio, y sus efectos à los de su Linage, y Familia, con las palabras *vobis, & vestris, & nemini alteri.*

87. Demàs, que dicha Clausula se presume puesta por estilo de los Notarios, como advierte Fontanell. *de pact.nupt.claus.4.glos.9.p.3.num.37.*ibi: *Licet ego (si verum fari licet, licet autem semper) existimem, quod verba prædicta ad suas, & suorum liberas voluntates plenè faciendas, apponuntur potius de stilo Notariorum, quam de mente disponentium.*

88. Y asi lo convence uno de los mejores formularios de dicha Profession, que en el año 1684. diò à la luz publica Geronymo Galo y Ramon, Notario Apostolico, y Real de la Ciudad de Barcelona; pues en la Escritura de Donacion universal *facta filio sub certis pactis, & Vinculis*, en el fol.436. se vale de la misma razon Prohemial de nuestra Donacion, ibi: *Quia parentes ex voto filijs bona sua indeficienter parare solent*, infiere la misma Clausula de nuestro caso en el fol. siguiente, ibi: *Ac tuis, & quibus volueritis perpetuo, cum pactis tamen, conditionibus, reservationibus, ac Vinculis infrascriptis*; aumentando inmediatamente las mismas substituciones que contiene nuestra Donacion; las quales serian inutiles, si

el Donatario tuviera la facultad de agenar en estraños, que corresponde al sonido material de dichas Clausulas, desatendiendo la expressa voluntad del Donante de conservar los bienes en su Famila, que persuaden, y aun convencen las anteriores, y posteriores providencias, que sin embargo de dicha Clausula dispuso, encaminadas todas al fin que repetidamente explicò de conservar el esplendor de su Ilustre Familia.

89. Y si estas, ò semejantes Clausulas fueran bastantes para persuadir la facultad de agenar en estraños en el Donatario, no es creìble, que los Notarios pusieran el titulo de Donacion con Vinculos; pues el menos experto comprehenderia, que era Donacion con libertad la que no precissaba à disponer intra Familiam; y que Vinculos, y condiciones seràn los que debe observar el Donatario, si puede agenar los bienes donados en quien bien visto le fuere? No es dudable, que se haze mas verosimil el creer, que dicha Clausula debe ceder à la interpretacion que resulta de todas las antecedentes, y subsiguientes, y no que por ella se deba borrar todo el contexto de toda la Escritura, dexando ilussoria la voluntad de quien la otorgò.

90. A lo dicho se aumenta, què dicha Clausula no se halla inserta en lo dispositivo, sino en lo perteneciente à la execucion del contracto, por cuyo motivo no puede producir efecto alguno, y mucho menos si fuera opuesto à lo sustancial de la disposicion, D. Castillo *lib.* 4. *cap.* 48. *num.* 4. D. Valenzuela *Cons.* 119. *num.* 109. Sessè *decis.* 24. *num.* 4. *y* 5. ibi: *Et quando Clausula dicatur apposita in executibis, dic secundum dictam decisionem, quod quando ponitur in principio contractus in verbis substantialibus, tunc dicitur respicere substantiam dispositionis; si vero inferius cum intervalo, in Clausulis executivis, & accessorijs, tunc secus.*

Y

91. Y en terminos de remifsion de Fideicomiffo lo dixo Torre *p.2.q.34.num.44.* ibi: *Adijcitur pro exclusione remisionis fideicommisi, quod Clausulæ à me supra ponderatæ, in nostro instrumento non sunt appositæ in parte dispositiva, sed tantum in executiva, propterea cum potius dicantur appositæ ex stylo Notariorum, quam de partium consensu, & voluntate, non merentur allegari pro ejusdem fideicommisi remisione, quamvis aliàs potuissent atendi si indispositivis, & extensæ legerentur, ut alijs ommisis Fussarius, &c.*

92. Y quando por dicha Claufula, *ad dandum, & alienandum*, pudiera confiderarfe atribuyda facultad al Donatario de agenar en eftraños, fe deberia entender limitada à fu perfona, pero no tranfcendental à los fubftituìdos; y no aviendo ufado de ella Don Lope (*num. 11.*) quedaron los bienes fugetos al Fideicomiffo, el qual folo podia entenderfe remitido, en cafo de averfe verificado la agenacion, Cardin. de Luca *de fideicom. disc. 57. num. 18.* ibi: *Ista sunt compatibilia, quoniam stant benè simul ad esse fideicommissum purum, ac restitutorium ad favorem totius generis, & tamen competere facultatem etiam liberè disponendi, & alienandi, multo magis istam gratificandi, quæ conservat fideicommissum in genere; ideoque fideicommissum purum favore omnium intelligitur, quatenus in contrarium non disponatur.*

93. Y con gran numero de Autores confirma la mifma doctrina Torre *de Maiorat. p.3. decis. 20. num. 90.* ibi: *Optime namque simul compatiuntur fideicommissum, & licentia alienandi, cum hæc illud non destruat, sed solum qualificet, & declaret sub implicita conditione, quatenus non sequatur alienatio, ut plenè declarant Ruin. &c.* con que no aviendo agenado el Donatario, fe debe confervar el Fideicomiffo en los bienes donados à favor de los defcendientes del Donador.

Y

94. Y aun en caso que dichas palabras le atribuyeran facultad de agenar al Donatario, no podia considerarse absoluta à qualesquiere personas, sino limitada, y contrahida à favor de los hijos, y descendientes del Donante, para cuyo fin debe elegirse qualquier interpretacion por lata que sea, como dixo Torre *d. decis.* 20. *num.* 94. ibi: *Sed hæc dicta sint ex abundanti, cum verosimilitudo in casu nostro plusquam satis ostendi nobis vissa fuerit ex magna rationabilitate illius reservationis, ac liberæ permisionis alienandi; ponderando, quod hic non agitur de absoluta, & indefinita potestate alienandi in quoslibet etiam extraneos, sed de licentia restricta intra solum genus vocatorum, firmo remanente fideicommisso saltim conservatorio cum sola præelectione, quo casu non stricta, & rigurosa, sed lata fieri debet interpretatio.*

95. Lo qual tiene mayor aplicacion à nuestro caso, por el orden con que se hallan las Clausulas de la Donacion; pues lo primero que explica el Donante es, que cede los bienes, *sub Vinculis, conditionibus, & retentionibus infrascriptis, dicto Nobili Lupo, & vestris, & quibus volueritis*, repitiendo inmediatamente: *Prædictam itaque donationem facimus sub conditionibus, Vinculis, & reservationibus sequentibus*: Con que siendo la Clausula intermedia de donde se infiere la facultad de agenar, y el extremo antecedente, y subsiguiente, los Uinculos, y condiciones à que quiso sugetar los bienes el Donante, se debe interpretar la Clausula intermedia segun la calidad de sus extremos, ex Casanate *Cons.* 53. *num.* 91. ibi: *Unde infertur, eam mediam Clausulam ab utroque extremo antecedenti, & subsequenti declarari, & coangustari.*

96. Y asi parece que à dicha Clausula *vobis, & vestris, &c.* no le puede corresponder otro efecto, que atribuir à Don Lope el derecho, y facultad de elegir sucessor

cessor entre sus hijos, y descendientes, al que bien visto le fuere; pues lo contrario repugna al Prohemio de la Escritura, à las Clausulas de la disposicion, à la Nobleza del Otorgante, à la calidad de los bienes, y à las repetidas expressiones con que manifestò el deseo de mantener los bienes en su descendencia, como medio preciso para la conservacìon del esplendor, y lustre de su Familia, que era lo que principalmente anhelaba.

97. El tercero reparo se puede inferir, de que la substitucion que hizo el Donante à favor de los hermanos del Donatario, està concebida baxo la condicion doble de morir Don Lope sin hijos, y sin testar; lo qual supone al parecer facultad de disponer teniendo hijos, la qual es contraria à la naturaleza del Fideicomisso. Pero bien entendidas las Clausulas de la Donacion, no se opone esta providencia al Fideicomisso; pues aviendo hecho la Donacion à Don Lope, y à los suyos, se debe entender la facultad de testar, eodem themate retento, entre los hijos del Donatario.

98. Y assi lo manifiestan con notoriedad aquellas palabras: *Vobis Don Lupo filio nostro, & vestris*, id est filijs Donatarij, *& quibus volueritis*, id est ex ipsius filijs; pues de otro modo se destruyria con una sola palabra la estabilidad, y permanencia de los bienes en la descendencia del Donante, que fue lo que unicamente apeteciò, y lo que con tanta variedad de frasses procurò explicar para evitar las dudas que pudieran ocurrir sobre el concepto de su disposicion.

99. Y à vista de las circunstancias que se han ponderado de la elevada calidad del Donante, y singular estimacion de los bienes, no puede dexar de presumirse singular afeccion en Don Pedro (*núm.6.*) para la conservacion de los bienes indivissos en los que procedieren de su Fa-

milia; y con la facultad de testar, solo quiso atribuir à Don Lope (*num.* 11.) el derecho de poder elegir uno de sus descendientes, como advierte Canzer *p.* 1. *cap.* 8. *num.* 65. ibi: *Quem non est præsumendum bona sua voluisse, per Nepotum divisiones atenuari, ad nihilumque redigi; imò ipsius bona integra ad aliquem ex illis devenire, ut sic per divitias, ejus genus, Familia, & honor conserventur:* palabras sumamente aplicables à la mente del Donante, y à las Clausulas de la Donacion.

100. Lo mismo advierte Menochio *Cons.* 1006. donde tratando de la facultad de testar, y disponer *ad libitum hæredis*, entiende en el *num.* 36. que dicha facultad debe limitarse à las personas que fueron de la mente de la Testadora, que eran las de su propia Familia, ibi: *Nam ex multis consideratis suprà in prima duvitatione, constat, voluisse bona conservari in Familia; quæ sanè ratio restringit dispositionem, ut scilicet testandi facultas concessa gravato, inteligatur, modo disponat inter eos, qui sunt de Familia.*

101. De donde se infiere, que dicha facultad no es repugnante al Fideicomisso, sino muy conforme à la voluntad del Donante; pues à fin de conservar los bienes indivissos en su Familia, atribuyò al Donatario el derecho de elegir el Descendiente que le pareciera mas habil para la administracion de su Patrimonio, como medio preciso para mantener el esplendor de su Nobleza, segun la distincion de Molina *de Ritu Nuptiar. lib.* 3. *q.* 10. *num.* 41. donde advierte, que quando la calidad de la persona que haze la Donacion, no es elevada, ni los bienes de suma estimacion, no puede el Donatario elegir un hijo, omitiendo à los demàs; pero si concurren Congeturas que persuaden voluntad en el Donante de perpetuar los bienes en la Familia, por ser el Donante de esclarecida Nobleza,

bleza, y el Patrimonio digno de especial aprecio, puede el Donatario hazer eleccion de uno de los hijos con exclussion de los demàs, ibi: *Quoniam divisione inter filios, nec agnatio, nec Familia rectè potest conservari::: Et moveor, quia ex rebus donatis insignioribus, & magni valoris, colligitur mens patris Donatoris voluisse eum rem in Familiam conservari; quæ nisi per unum rectè non potest.*

102. Y assi de estos motivos, como de aver substituydo el Donador à los hermanos del Donatario para en caso de morir este intestado, y sin hijos, se evidencia, que dicha facultad de disponer no fue absoluta para transferir los bienes en estrañas Familias, sino limitada para elegir successor de su propia descendencia, por deberse seguir la interpretacion que fuere compatible con la conservacion del Fideicomisso, quando con letra clara no lo repugnan las Clausulas de la disposicion, ut animadvertit Cardin. de Luca *de fideicom. discurs.* 58. *num.* 4. vers. *quinimo*, ibi: *Quinimo etiam circa verba libertatem denotantia, Doctores, ac ipsamet Rota variarunt, ut scilicet, dato alio possibili intellectu compatibili cum fideicommisso, importare non debeant illius destructionem*, refiriendo varias decissiones de Rota, Torre *de Maiorat. p.* 3. *decis.* 8. *num.* 7.

103. El quarto reparo que puede ocurrir, se infiere de aver omitido el Donador las Clausulas regulares de que acostumbran usar los que quieren sugetar los bienes à Fideicomisso perpetuo, ò constituyr orden de succeder por via de Mayorazgo, como son la prohibicion de agenar, y que succeda en los bienes una sola persona. Pero aunque estas, y semejantes Clausulas hazen demonstracion de la perpetuidad del Fideicomisso, no convencèn que deba explicar su voluntad el que dispone en los bienes con la misma formalidad de palabras, pues bastan qualesquiera vozes que convenzan el deseo de consti-

tuyr

tuyr Fideicomiſſo perpetuo, y deſcenſivo, *ex l.omne verbum C. commun.de legat.l.in legatis C. de legat.* plena manu probat Peregrinus *de fideicom. art.1.à num.46.* Mantica *de Conjecturis lib. 8. titul. 1.à num. 1.* ſuccediendo lo miſmo reſpecto de la voluntad de que perſeveren los bienes en la Familia, baſtando que conſte de la voluntad por palabras expreſſas, ò equipolentes, como prueba Ramona *Conſ.9.num.11.* ibi: *Habemus igitur claram voluntatem Teſtatoris, quod voluerit perpetuò bona Familiæ relinquere, nihil enim intereſt, an id verbis expreſſerit, vel per aliud æquipollens, l.Gallus, &c.*

104. Y ſi ſe atiende con reflexion à las palabras de que ſe vale Don Pedro(*num.6.*) en la Eſcritura de Donacion, ſe hallarà patente ſu voluntad de conſtituyr Fideicomiſſo perpetuo, y deſcenſivo; pues atendiendo al natural eſtimulo con que los de claſſe ſemejante à la ſuya, ſolicitan conſervar ſu heredada Nobleza, explicò la impoſsibilidad de conſervar perpetuamente eſte deſeo en un individuo, ſin caminar la ſucceſion de unos en otros en toda la deſcendencia, para que faltando el Padre debiera ſucceder el hijo perpetuamente en toda ſu linea; ſin que ſe pueda atribuyr otro ſignificado à las Clauſulas de dicha Eſcritura, que por menos uſadas no ſe les debe diſminuyr la eficacia de ſu expreſsion; y mas quando ſin eſte ſentido quedarian inutiles, y ſin producir efecto alguno, pues para diſponer el Donatario en eſtraños, eran ocioſas tan ſerias reflexiones, y tan geminadas providencias, ibi: *Atendentes, Progenitores circa propagines claras filiorum; ſtimulante natura, cordialiter affici deſiderantes, ut vita longeba filij potiantur; & quia individuum in Patre non poteſt perpetuò conſervari in eſſe, niſi per ſpem ſtilitus filiorum conſervetur, ut deſitiente genitore, genitus adveniat ſucceſsivè per lineam deſcendentem.*

Y

105. Y donde concurren las circunstancias que se han advertido, de generosa elevacion de la persona, y calidad de tan Ilustres, como estimables bienes, bastan menores expressiones, para persuadir la prohibicion de agenar en estraños, y el deseo de conservar los bienes en su Familia, ex Fontanella *decis.36.num.*7. D. Valenzuela *cons.*40.*num.*22. D.Castillo *lib.*4.*cap.*9. *à num.* 65. porque no hazen falta las palabras, donde consta con notoriedad el fin de la disposicion, ex D. Molina *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 13. & 14.

106. El quinto reparo que puede objetarse contra el Fideicomisso, es el precepto de estàr à la Carta, por el qual no se debe dàr lugar à interpretaciones, debiendo adherezer tenazmente à la expression de la letra en quanto comprehende la Escritura. A que se responde, que en Aragon, como en otros muchos Reynos, no estàn prohibidas las Congeturas juridicas, que resultan de la misma Escritura, por juzgarse en todo que se reputan, y son parte de la misma Escritura de donde dimanan; y solo se quiso evitar la sutileza extrinseca del instrumento, como perjudicial à la voluntad de los otorgantes, como lo dexò advertido Don Francisco de Sayas en su Carta dedicatoria de los Fueros, *prope finem*, ibi: *Adelanta su valor el no tenerle sugeto à interpretaciones sutiles, y metaphysicas; esto es en Aragon estàr à la Carta, y fue lo mismo que librar al Litigante de los lazos, que suele texer la astucia del Comento.*

107. Y en nuestro caso estamos tan lexos de contravenir à este precepto, que antes bien todos los argumentos, y congeturas con que se persuade el Fideicomisso, se leen en la misma Escritura de Donacion, sin necessitar de sutilezas, ni metaphysica alguna para hazer notoria, y manifiesta la voluntad del Donante para la in-

duccion de dicho Fideicomisso, ex Ramirez *de Leg. Reg.* §.33.*num.*12.*prope fin.* ibi: *In quibus & si chartæ standum sit, non solumque ex verbis apertis percipiuntur, dicentur in charta contineri, sed etiam quidquid præssumptivè ex illis colligi poterit secundum identitatem, vel maioritatem rationis in eis expressæ, vel quæ ex Prohemio, seu legis præfatione colligi posit, non secundum cujusque ingeniosi Iurisconsulti intellectum, & arbitrium, (quod nostri maiores dum chartæ standum esse statuerunt auferre intenderunt) sed secundum id quod omnes opinantur, & consuetudine, seu observantia receptum est.*

108. El sexto reparo se puede formar, con la distincion que algunos Autores advierten, entre la succession que se dispone por contracto, y la que se establece en ultima voluntad, atribuyendo à esta mayor ampliacion en el modo de intepretarla. La qual se halla despreciada por el Cardenal de Luca *de Donation. discurs.* 65. *num.* 11. ibi: *Illa verò antiquorum simplicitas deribata ex quibusdam leguleis scholasticis formalitatibus; quæ diferentiam constituit inter fideicommissa ordinata per ultimas voluntates, & per actus inter vivos, in praxi, & magis apud dictos modernos, remanet irrisione digna*; Torre *de Maiorat. p.* 1. *cap.* 13. *num.* 25. & *cap.* 34. *num.* 18.

109. El ultimo reparo puede fundarse en dos motivos; el primero en el defecto de acceptacion del Donatario; y el segundo en el defecto de jurisdiccion en el Juez ante quien se insinuò dicha Donacion. Pero al primero se responde, que aunque en los terminos regulares del derecho se dispute, si basta la estipulacion del Notario en nombre del ausente para hazer irrevocable la Donacion, ex traditis à Cancer *variar. resolut. lib.* 1. *cap.* 14. *num.*40. Faria *ad D. Covarrub. cap.*8. *num.* 44. en Aragon

no

no tiene lugar esta disputa, por no necesitarse de la aceptacion del ausente para la irrevocabilidad del contracto; singularmente quando concurre (como en nuestro caso) la estipulacion del Notario, ex Sessè *decis.* 189.*num.* 21. & 22.ibi: *Totum hoc non procedit in Regno ubi stamus carthæ, nisi quid impossibile contineat, & sic non est necessaria acceptatio absentis, ut ei jus adquiratur, nec potest donans revocare donationem, maximè si Notarij stipulatio adsit. Portolès Verbo instrumentum.*

110. El segundo motivo se satisface con el *Fuero* 3. *de donationibus*, ibi: *Quæ insinuatio fieri valeat cum donanti placuerit; aut sibi vissum fuerit, coram quocumque judice ordinario cujusvis Civitatis, Villæ, aut loci per ipsum donantem eligendo.* Y assi no puede ser de consideracion que el Donante, ni los bienes donados no fuessen de la jurisdiccion del Juez ante quien se insinuò dicha Donacion, ex Portolès *Verbo donatio num.* 24. ibi: *In his verbis approbat Forus iste eorum opinionem qui in terminis juris asseruerunt, insinuationem fieri posse coram quocumque Iudice Ordinario, etiam cui non subsit Donator, nec res donata.*

111. Lo qual funda en la razon de ser acto de jurisdiccion voluntaria la insinuacion, y por dicho motivo poderse hazer en dia feriado, como advierte Portolès *verb. donatio num.*39. ibi: *Quamquam ego probabilius esse existimarem, etiam in hoc Regno hanc insinuationem die feriato in honorem Dei fieri posse, prout hoc quoque verius esse censuit Petrus Molinos.*

112. Demàs, que aviendo explicado el Donante en su Testamento, que queria subsistiesse dicha Donacion, bolviendola à otorgar de nuevo ad cautelam, para su mayor seguridad, y firmeza; se manifiesta la geminada expresion de su voluntad, en cuyos terminos se tiene por legi-

legitima la Donacion aunque le falte la ſolemnidad de la inſinuacion, como explica Gracian. *tom.3. diſcept. forenſ. cap.531. num.31.* ibi: *Ita ut ex iſto geminato conſenſu, non ſolum magis colligatur veritas donationis, & perſeverantia donantis, ſed etiam excludatur omnis error, ſimulatio, ac leſio, cum conſenſus dicatur roboratus, & confirmatus,* y lo miſmo comprueba de Luca de Donacion. *diſc. 60. num.27.*

113. Todos los demàs reparos que pueden ocurrir contra la permanencia, y continuacion del Fideicomiſſo, tienen facil ſatisfaccion en la letra de la Donacion, y en la voluntad del Donante; pues de uno, y otro reſulta con notoriedad, que el deſeo de perpetuar los bienes individuos en la Familia, fue el unico fin que manifeſtò para el otorgamiento de dicha Donacion; el qual quedaria totalmente deſvanecido, ſi el Donatario tuviera libertad de dividirlos, y agenarlos.

114. De lo qual reſulta con igual firmeza, que en fuerça de dicho Fideicomiſſo tiene indubitado llamamiento la Condeſa de Peralada, por hallarſe deſcendiente del Donatario, y no aver provìdencia en la Donacion que altere el orden regular de la ſucceſion; antes bien ſe infiere de ſus Clauſulas, que quiſo habilitar para ſucceder à todos ſus deſcendientes ſin diſtincion de ſexos, como lo perſuade la eſpecial, y geminada mencion que hizo de la *Linea*, en cuyo propio ſignificado igualmente ſe comprehenden Varones, y Hembras, ex Molin. *de Primog. lib. 3. cap. 6. num. 33.* D. Valenzuela *conſ. 97. num. 173.* y lo miſmo perſuade la palabra *Progenies*, de que tambien ſe valiò el Donante; la qual es comprehenſiva de ambos ſexos por el comun uſo de hablar, como dixo D. Caſtillo, con autoridad del ſeñor Molina, *lib.5. cap. 93. §.18. num.7.* ibi: *Et idem quoque ſtatuit Ludovicus ipſe Mo-*

Molina dicto cap. 4. num. 10. quando maioratus in favorem progeniei fuisset institutus, ut tunc scilicet agnati, & cognati, & fœminæ etiam ad succesionem admitantur, quod Mieres p. 2. quæst. 6. num. 423. in verf. & quod Progeniei, *non ita consideravit; & Molina ipso non relato malè constituit, progeniei appellatione comprehendi omnes descendentes ex masculina tantum prole; cùm verè communis Hispaniæ loquendi ussus, atque intelligentia communis, contrarium semper admisserit.*

115. Supuesta la legitimidad de la Donacion, y el Fideicomisso que resulta de su contenido à favor de la descendencia del Donatario, puede dezirse. Que en fuerça de la Clausula: *Vobis, & vestris, & quibus volueritis*, tuvo Don Lope (*num.* 11.) facultad de elegir successores para los bienes comprehendidos en dicha Donacion, y que este en el Testamento que otorgò en el año 1464. usò de dicha facultad llamando à los descendientes agnados de sus hijos; que en falta de ellos substituyò à Don Pedro su hermano (*num.* 12.) y los suyos; que en defecto de estos llamò à Don Ximeno de Urrea (*num.* 9.) hijo de Don Ximeno (*num.* 3.) que despues llamò al hijo segundo Uaron de Doña Beatriz su hija (*num.* 14.) en la misma forma que los antecedentes; y en ultimo lugar al Pariente mas cercano; y aviendo dado providencia para el modo de succeder, y no estando comprehendida en ella la Condesa de Peralada (*num.* 84.) deberà ser excluyda por los que se hallaren descendientes de las personas llamadas por dicho Don Lope (*num.* 11.)

116. Para satisfacer à esta instancia, se debe tener presente, que Don Pedro (*num.* 6.) solamente atribuyò en la Donacion à su hijo Don Lope (*num.* 11.) la facultad de disponer entre sus descendientes, con exclusion de los transversales; pues el mismo Donador previno, que en

caso

caso de fallecer sin hijos el Donatario , bolviessen al Donante , ò à los hijos que èl dexare ; por cuyo motivo fue nulo , y de ningun efecto todo lo dispuesto por el Donatario ultrá de su descendencia , por deberse usar de la facultad en las personas que tubieren derecho à ser elegidas por la voluntad del que dispuso de los bienes , ex D. Molin. *de Primog.lib.2.cap.5.num.4.* ibi : *Dummodo electus ejusdem electionis incapax non sit.* Roxas *de incompat. p.1.cap.6. num. 357.* ibi : *Comissarius autem ad unguem debet observare conditiones , & qualitates facultatis sibi concessæ ad eligendum , seu nominandum successorem , & non excedere comissionis fines , quia si excedit , nominatus non erit de linea electiva* ; y assi los llamamientos hechos por Don Lope (*num.* 11.) en su Hermano (*num.* 12.) y en su Primo (*num.9.*) por no ser descendientes suyos, no pueden ser de consideracion , por no aver sido capaces de ser elegidos , segun lo dispuesto en la Escritura de Donacion.

117. A esto se augmenta, que Don Pedro (*num.* 12.) y Don Ximeno (*num.9.*) murieron sin dexar succesion , y consiguientemente no ay quien pueda valerse de los llamamientos que à favor de estos hizo el Donatario ; pues el Marquès de Aryza desciende de Don Ximeno Ximenez (*num.3.*) mediante Doña Maria su hija (*num.8.*) y esta, ni su Padre no tienen llamamiento alguno en el Testamento de dicho Don Lope (*num.* 11.) por cuyo motibo no puede pretender la succesion el Marquès en fuerça de la Donacion , ni del Testamento otorgado por el Donatario.

118. Y aun en caso que dicho Don Ximeno (*num.3.*) y sus descendientes hubieran sido llamados , deberian tener la calidad de Agnados para poder succeder ; pues con essa calidad , y no sin ella llamò Don Lope (*num.* 11.) à sus hijos , y descendientes , como resulta de las Clausulas. Y no es congeturable , que el Testador pretiriesse à

los

los Varones cognados de ſu tio, reſpecto de los deſcendientes cognados de ſus propios hijos; lo qual ſe convence con mayor evidencia teniendo preſente, que quando llamò al hijo ſegundogenito de Doña Beatriz de Vrrea (*num.* 14.) le impuſo el gravamen de llebar el Nombre, y Armas de Vrrea; lo que no executò con los deſcendientes de Don Ximeno (*num.* 3.) por ſer ocioſa eſta providencia aviendolos llamado con la calidad de Varones, y circunſtancias que perſuaden eſtàr preferida la Agnacion, por cuyo motibo les correſpondia el Nombre, y Armas de Vrrea, ſin neceſitar de ſemejante gravamen.

119. Tampoco puede pretender la ſucceſion por dicho Teſtamento el Duque de Gandia (*num.* 93.) porque dicho llamamiento eſtà diſpueſto: *Con ſemblantes Vinculos, & condiciones de las impoſſadas por Nos à los ditos nueſtros fillos*; y ſiendo aquellos de riguroſa agnacion, ſe convence que en eſte quiſo el Teſtador reparar el defecto de los Agnados naturales, valiendoſe de la Vocacion de los Agnados artificiales, y ficticios, cuya calidad quedò extinta en la linea de Doña Beatriz con la interpoſicion de Doña Magdalena (*num.* 37.) por cuyo motibo queda ineficàz el derecho del Duque.

120. Sin que pueda ſer de reparo el dezir, que en el llamamiento colectivo que hizo Don Lope (*num.* 11.) en ſu Teſtamento por aquellas palabras de la pag. 52. del Memorial ajuſtado: *Tornen, & vengan de & al Parient nueſtro mas cercano, que à la hora vivo ſerà, ò ſe trobarà fillo, ò ſucceſſor de las ditas nueſtras fillas, ò de los fillos de aquellas*, tiene vocacion el Duque de Gandia como ſucceſſor de Doña Beatriz (*num.* 14.)

121. Porque ſe reſponde, que dicho Don Lope (*num.* 11.) no pudo hazer dicho llamamiento; lo uno, porque la facultad de elegir que tenia en fuerça de la

Clau-

Claufula, *& quibus volueritis*, quedò extincta, y confumida con la aprobacion del Teftamento de fu Padre Don Pedro (*num.6.*) fegun refulta de la Concordia del *fol. 33.* del Memorial ajuftado, en la qual fe valiò de dicho Teftamento; y aunque fue refpecto del Lugar de Morès, no protestò que no lo perjudicara en los demàs bienes, Pareja *de inftrum. ædit. tit. 1. refol. 3. §. 3. num. 47*; ni con dicha protefta podia embaraçar los efectos de la aprobacion, *Leg. fi ita 39. §. ult. ff. de oper. liber. leg. 2. ff. de adquir. hæredit.* D. Valenzuela *conf. 148. num. 23.* D. Salgado *in labyrint. credit. p. 2. cap. 6. à num. 16.* Pareja *de inftrum. edit. tit. 7. refolut. 3. §. 3. num. 22. & feqq.* Suelves *lib. 3. conf. 32. num. 2.*

122. Lo otro, porque aunque no explicò que ufaba de dicha facultad, baftaba que conftara por el Teftamento que la tenia, para que con dicha aprobacion quedara confumida la facultad, ex Suelves *lib. 1. conf. 27. num. 19.* y una vez hecha la eleccion por el que tiene facultad de eligir, no puede bolver à ufar de ella, ex Sefsè *decif. 436. à num. 7.* D. Salgado *de retent. bull. p. 2. cap. 12. §. unico, num. 2. & in labyrinth. p. 1. cap. 17. num. 6. 7. & 8.*

123. Sin que obfte el dezir, que dicho Teftamento fue nulo, è infubfiftente, y por efte motivo no pudo fervir de eleccion la aprobacion de Don Lope (*num. 11.*) para confumir la facultad que tenia. Porque fe fatisface à efta inftancia por dos medios; el uno es, que aunque la aprobacion de Don Lope de un Teftamento nulo, no pudo dàr legitimidad, y fubfiftencia à la Efcritura por contener defectos, y nulidades de derecho publico, las quales no fe revalidan por la aprobacion de las Partes refpecto de los demàs intereffados; pero refpecto del intereffe particular del mifmo Don Lope, que eftaba reducido à explicar, quien queria que fueffe fucceffor del

Ef-

Estado de Aranda, haze la aprobacion, que en orden à su interesse subsista como si huviesse sido testificado con todas las solemnidades necessarias, ex D. Salgado *de reg. protect.p.4.cap.13.num.71.* y assi por este motibo no puede considerarse insubsistente el uso de la facultad de elegir que resulta de la aprobacion de dicho Testamento.

124. El segundo medio consiste en que, aun en caso que esta aprobacion no deba considerarse como verdadera eleccion, consumiò tambien dicho Don Lope (*num.*11) la facultad de elegir en la Capitulacion Matrimonial del *fol.*56. del Memorial ajustado, donde dispuso de los bienes comprehendidos en la Donacion à favor de Don Lope su hijo (*num.* 15.) y de sus descendientes por recta linea masculina, y no teniendo llamamiento el Duque en esta disposicion por faltarle dicha calidad, se verifica el aver consumido la facultad de elegir Don Lope (*num.*11.) ò bien por la aprobacion del Testamento de su Padre, ò bien por la Capitulacion Matrimonial de su hijo, sin que en ninguna de dichas Escrituras pueda mostrar vocacion el Duque de Gandia; pues aunque en dicha Capitulacion se reserbò dicho Don Lope facultad para augmentar llamamientos por Escritura entre vivos, ò por ultima voluntad, no usò, ni se valiò de ella, como latamente se fundarà en la *parte* 3. §. 1. de este Alegato; y assi no le puede sufragar al Duque dicha reserba.

125. Ultimamente ocurre otro motibo exclusivo de todos los que se incluyen con las disposiciones hechas por Don Pedro (*num.* 6.) y Don Lope (*num.* 11.) porque estando comprehendidas las Hembras en la Clausula de la Donacion: *Vobis Lupo filio nostro, & vestris*, no pudieron posteriormente dàr providencias exclusivas de lo dispuesto en dicha Donacion; pues con pretexto de declaracion, ò eleccion, destruyrian la regularidad de la suc-

cesion establecida en una Donacion perfecta, è irrevocable, ut ait D. Olea *de ces. jur. in adit. ad tit. 1. quæst. 6. num. 15. post fin. num. 2. prope fin.* ibi: *Vnde cum maioratus institutus à Patre in favorem filij, & filiorum, vel descendentium ejus, sit maioratus regularis, & ad ejus successionem fœminæ admittuntur exclusis masculis lineæ inferioris leg. 2. &c. Declaratio Patris ex intervalo, quod in vocatione filiorum, descendentium, vel consaguineorum voluit dumtaxat comprehendere masculos, auferret fœminis jus quæsitum, & majoratum regularem, ad irregularem reduceret, quæ non esset declaratio, sed perversio prioris dispositionis contra dictam leg. perfecta donatio, & doctrinas proximè relatas.* Y assi hallandose la Condesa de Peralada en la linea principal, y predilecta, que fue la que constituyò para sì, y todos sus descendientes Don Lope (*num.* 15) no puede ser removida de la succesion por Escrituras posteriores à la Donacion, no constando con evidencia de la facultad de los otorgantes, y de la calidad irregular en los llamamientos que en ellas se contienen; pues con la existencia del Fideicomisso en forma regular, lograba el Donante el deseo, que tanto explicò, de conservar el lustre, y memoria de su Familia, para lo qual son habiles, y capaces las Hembras, como prueba Suelves *lib. 3. cons. 5. num. 36.*

PAR-

TRATASE DE EL TESTAMENTO DE DON Pedro de Urrea (*núm.* 6.) su fecha en 8. de Agosto de 1421.

§. I.

QVE DICHO TESTAMENTO NO ES SVBSIStente, y que quando lo fuera, tiene intento en èl la Condesa de Peralada, y notoria exclusion el Marquès de Aryza.

126. AViendo quedado irrevocable la Donacion por la perfeccion, y solemnidad con que se celebrò el contracto *ex l. perfecta donatio C. de donat. quæ sub modo, vel condit. vel cert. temp. conficiunt.* de la qual tratan latamente D. Castillo *lib.* 3. *controv. cap.* 10. *per tot.* D. Olea *de cess. Iur. tit.* 1. *quæst.* 4. *num.* 15. Suelves *Consil.* 56. *à num.* 5. y despues de confirmar expressamente en dicho Testamento assi la Donacion, como la insinuacion, queriendo *que aquellas plena eficacia, & valor ayan, & encara abundant cautela*, buelve à donar à su hijo Don Lope las mismas Villas, Castillos, Lugares, y bienes, con los Vinculos que explica en dicho Testamento, y con ellos pretende incluyrse el Marquès de Aryza, para obtener la thenuta en este Pleyto.

127. Pero es cierto, que en dicha disposicion no pudo aumentar gravamenes, y condiciones al Donatario ultra de las expressadas en la Donacion, la qual aunque fue libre à principio en el Donante, passò despues à ser acto necessario, è inmutable con la solemnidad de la aceptacion del Notario, y la insinuacion hecha ante Juez com-

competente, *ex l. ſicut initio cod. de obligat. & act. l. quamvis cod. de tranſact.* por lo qual ſe convence, que dicho Teſtamento no puede ſubſiſtir en lo que fuere contrario à lo prevenido en el Acto de la Donacion.

128. Sin que pueda ſervir de reparo el dezir, que dicho Don Pedro ſe reſerbò facultad de diſponer de los bienes donados en la miſma Eſcritura de Donacion, por aquellas palabras que ſe leen en el miſmo Acto, ibi: *Prout nos duxerimus ordinandum*; porque dicha Clauſula no contiene facultad abſoluta de diſponer, ſino condicional, y limitada al caſo de ſobrevivir à Don Pedro, Don Lope ſu hijo, y morir eſte inteſtado, y ſin hijos como lo perſuade la miſma Clauſula, ibi: *Et ſi poſt noſtrum obitum, vos dictum filium noſtrum decedere contigerit inteſtatum, & abſque filio, vel filijs, &c. Revertantur in alium, ſivè alios, &c. Prout nos duxerimus ordinandum*; pues las palabras *ſi contigerit*, inducen forma, y hazen condicional la diſpoſicion, *ex l. ſi titio 22. ff. quando dies legat. cad.* ibi: *Si titio, cum js annorum quatuordecim eſſet factus legatum fuerit, & js ante quartum decimum annum deceſſerit; verum eſt ejus legatum non tranſire, quoniam non ſolum diem, ſed & conditionem hoc legatum in ſe continet, ſi efectus eſſet annorum quatuordecim. L. quibus diebus 40. §. quidam titio 2. ff. de condit. & demonſtrat.* Roxas *de incompat. part. 8. cap. 8. num. 4.*

129. Y aſsi, aviendo muerto Don Lope (*num. 11.*) con Teſtamento, y con hijos legitimos, faltò la condicion, baxo la qual fue concebida la reſerva, y conſiguientemente por defecto de poteſtad quedò nula dicha diſpoſicion teſtamentaria, ex l. qui hæredem, *& l. mevius ff. de cond. & demonſt.* cum concordant. Caſanate *conſ. 2. num. 28. & 29.*

130. Debiendoſe tambien reparar mucho, en que el

el Testador loò, y aprobò la Donacion, y la insinuacion, queriendo que tuviera la firmeza correspondiente à la irrevocabilidad del contracto; y no contento con esso, explicò, que hazia la disposicion testamentaria por mas abundante cautela; pues fue lo mismo que dezir, que su animo era, que ante todas cosas se observara lo dispuesto en la Donacion, y que para esse fin, y no para otro otorgaba su Testamento; y no cabe en juizio prudente, que quisiera revocar, y alterar una disposicion, que con tanto acuerdo deseaba confirmar en la misma Escritura; cuyo dictamen es el que se debe seguir para la interpretacion de su voluntad, como dixo Rosa *consult.* 45.*num.*8. ibi: *Etenim meminisse oportebit, nos hic tractare de interpretatione voluntatis Testatoris, qui legatum fecit; quonam scilicet modo, illa sit inteligenda; qua in re illud ante omnia nosse oportet; nempe, in conjecturanda Testatoris voluntate, atendendum esse, non quod revera sit, sed quod ipse Testator existimaverit, seu præssupossuerit, etiamsi ejus opinio, vel præssupositum juri & veritati repugnans sit*, citando à varios Textos, y Autores en su comprobacion.

131. Demàs, que contra dicho Testamento ay opuestas varias nulidades en el Processo de Melchor de Oxea, como son, la una; algunas lineas borradas en lo sustancial del Testamento, el qual por ser vicio visible, constituye al que lo presenta en la obligacion de probar la verdad de su contenido, segun la distincion magistral de Cyriaco *controv.*410. *num.* 4. ibi: *Declarat diferentiam inter vitium visibile, & invisibile seu latens; ut primo casu; is qui utitur Testamento vel scriptura teneatur probare illius veritatem; secundo vero casu, probatio illi incumbat, qui scripturam impugnat*; y la otra; el no aver explicado el Notario Comissario, que sacò en publica forma

qui-

el Teſtamento la autoridad con que era Notario el rogado, ni el lugar de ſu habitacion; circunſtancias, que quitan del todo la fee à dicha Eſcritura, quando ſolo la variacion de una letra contra el eſtilo de las Eſcrituras, y los que las firman, y eſcriben induce vehemente ſoſpepecha de falsìa, ex late & erudite congeſtis à D. Larrea *allegat.96.num.*27. y de otro modo quedarian indefenſos los intereſſados en la impugnacion de la Eſcritura; pues no podrian ſaber à què lugar avian de acudir à buſcar la matriz del Inſtrumento, para vèr ſi conformava con la Nota el contenido del extracto; porque las Notas, y Protocolos, no prueban en el entretanto que el Notario no ſaca de ellas las Eſcrituras en publica forma, *l. contractus de fid.inſtrum.* Feliciano *de cenſib.lib.3.cap.* 1. *num.*3. Seſsè, *deciſ.*172.*num.* 6. y tampoco el Inſtrumento extracto haze probança legitima ſino ſe encuentra en el Protocolo, ò eſtà ſacado aliter quam continetur in Nota, *obſerv.nota de conſuetud. & obſer. Item ſi quis dixerit de fid. Inſtrum.*

132. Por cuyos motivos no ſe le puede dàr execucion en eſte Juyzio Sumariſsimo; pues donde empieza la duda de la ſolemnidad, ceſſa lo executivo del Inſtrumento, como prueba, con apoyo de nueſtros practicos el ſeñor Larrea *allegat.*95.*num.* 22. *circa medium*, ibi: *Et facit quod ex Molino, & Bardaxì probavit Seſsè de inhibit.cap.*2.§.2.*num.*27.*& deciſ.*118.*num.*9.*unam ſolam ſcintillam ofuſcare fidem Inſtrumenti, ut non poſit dici probatio probata, quando veritas in duvium revocatur.*

133. Singularme en un Juyzio Sumario, como el preſente, donde no ay capacidad de diſputar el valor del Inſtrumento, ocurriendo duda probable ſobre los defectos que le diſminuyen ſu fee, y hazen diſputable ſu firmeza, Antonius Faber *in cod.de edict.Div.Adrian.tolend.*

defi-

definit. 1. *&* 2. D.Castillo *lib.3.controv.cap.* 24. *num.* 134. Argelo *de legit.contradict.q.2.art.* 1. *num.* 44. donde afirma practicarse assi en la Rota, y en todos los Tribunales del mundo.

134. Sin que pueda ser de reparo el hallarse registrado dicho Testamento en el Tribunal de la Corte; porque esta solemnidad judicial no priva à la Parte interessada del derecho de oponer contra el transsumpto los mismos defectos con que podia impugnar el original, Optimè Pastor *apud Sessè decis.*201. *num.*40.ibi: *Et cum ex Iudicis præsentia & authoritate, stilus sivè consuetudo Regni, pro veritate transsumpti violentam ducat præssumptionem, adversarius de cætero, contra transsumptum opponet, quidquid opponere posset, aut deberet contra originale.*

135. Y quando el defecto es visible, y embaraça la lectura de la Escritura, de forma que no puede comprehenderse la intencion, y voluntad de los otorgantes, es innegable que se prohibe la extraccion del Instrumento por negarsele la fee en qualquier juìzio, como prueba Monter *decis.*44.*num.*48. y con singularidad en juìzio sumario como es el presente, segun afirman Argelo de *legit. contradict.q.2.art.*1.*num.*44. D.Salgado *de Reg.protec.p.*2. *cap.*13.*à num.*78.Carleval *de Iudic.tit.*2.*disput.*6.*num.*13.

136. Y assi, incluyendose esta Parte con titulo claro, y siendo al menos, dudoso el del Marquès de Aryza, debe repelerse su pretension, admitiendo la peticion de la Condesa de Peralada, como prueban en propios terminos D. Molin. *de Primog.lib.3.cap.*4.*num.*32. Mieres *de maiorat.p.*2.*q.*6.*num.*97. D.Valenzuela *cons.*97.*à num.*216.D. Castillo *controv.jur.lib.*6.*cap.*130.*num.*2.*& cap.*139.*num.* 1.*& cap.*180.*num.*16.

137. Tampoco puede ser de reparo el dezir; que consta de la observancia de dicho Testamento; por cuyo

moti-

motivo no ay capacidad para ſu impugnacion; porque para revalidar la obſervancia el Inſtrumento nulo, ſe neceſita de aprobacion expreſſa del que lo puede impugnar, como ſucede en el Legatario, que cobra el Legado en fuerça de un Teſtamento nulo, y en otros exemplos de que ſe valen los Autores, ut videre licet apud Surd. de *Alimentis tit.*8. Gratian.*diſcept.*429.*num.*17. 18. & 19. y en nueſtro caſo faltan ambas circunſtancias; pues eſta Parte ni ha cobrado cantidad alguna en fuerça de dicho Teſtamento, ni ha conſentido en ſu obſervancia, ſino que antes bien lo ha impugnado, y contradicho.

138. Y aun los que ayan aprobado dicho Teſtamento, no han podido inducir obſervancia legitima que lo revalide, y les pueda cauſar perjuizo alguno, no conſtando que tenian individual noticia de las nulidades que contenia, ex traditis à Pareja *de inſtrum. edit. tit.* 1. *reſolut.* 3.§.3.*num.* 149. ibi: *Tertio etiam advertendum eſt, quod inſtrumentum exemplatum, licet obſervantia munitum, fidem contra tertium non meretur, niſi oſtendatur quod habuerit individuam ſcientiam de contentis in eo.*

139. Pero ſupongamos, que dicho Don Pedro (*num.*6.) tubo facultad de diſponer; que el Teſtamento en que diſpuſo fue legitimo, y ſolemne; y que por dicha Eſcritura debe governarſe la ſucceſion del Eſtado de Aranda en eſta vacante, que es quanto puede pretender el Marquès de Aryza; y hallarèmos en ſus Clauſulas derecho indubitado en la Condeſa de Peralada, para que ſe declare legitima ſucceſſora con innegable prelacion al Marquès de Aryza. Pues todos los llamamientos que formò dicho Don Pedro en ſu Teſtamento, fueron limitados, y comprehenſivos ſolamente de los Varones agnados deſcendientes de las tres lineas que encabezò en Don Lope, y Don Pedro ſus hijos (*nn.*11.*y*12.) y en Don

Xime-

Ximeno ſu hermano (*num.* 3.) con que hallandoſe la Condeſa(*num.*84.) deſcendiente de Don Lope (*num.* 11.) hijo primogenito del Teſtador, y que por ſer el primero llamado conſtituyò linea prelativa para sì, y para todos ſus deſcendientes; y hallandoſe el Marquès de Aryza deſcendiente de Don Ximeno (*num.*3.) que fue el ultimo llamado por el Teſtador, y ſin la calidad de agnado por deſcender con interpoſicion de Hembra, como lo fue Doña Maria Ximenez de Vrrea (*num.* 8.) ni ſe puede dudar la incluſion de dicha Condeſa, ni la prelacion con que debe ſucceder reſpecto al Marquès de Aryza.

140. Que dicho Mayorazgo ſea de riguroſa agnacion, lo combence la calidad de ſus llamamientos; pues aſsi en lo diſpoſitivo, como en lo condicional, ſe hallan contrahidos à favor de los Maſculos, cuya ſucceſiva repeticion, ſin llamamiento de Hembra, la califican los Autores por eficàz para que ſe entienda el Mayorazgo agnaticio; y ſe halla comunmente aprobada en los Tribunales, como reſpecto del Conſejo Real de Caſtilla, lo afirman los Adicionadores al ſeñor Molina *de Primog. lib.* 3.*cap.*5.*num.*25.ibi: *Nos verò priorem ſententiam veriorem, ac practicabiliorem cenſemus, quia in hac multiplici maſculorum vocatione, nulla alia ratio poteſt aſignari quam agnationis, quæ tanquam unica debet atendi, ex Authore ſupra lib.*1.*cap.*5.*num.* 9. *cum ſeqq.* Hoc ita *quando maioratus inſtitutor maſculos ſemper ad ſucceſionem invitavit, nec de fœmina in aliqua parte diſpoſitionis mentionem fecit*, ut hic num.29.verſ.His autem, & infra num. 45.48.& 69. *Sicque in ſupremo & Regio Conſilio pluries in in praxi obtentum vidimus.*

141. De Aragon lo refiere el Regente Seſsè en la *Deciſion* 254. *en la Clauſula* 16. de los motivos, y en la *deciſ.*262.*num.* 95. De Valencia el Regente Leon *in reſ-*

ponſo

ponſo juris deciſ. 173. *en el num.* 46. De Cataluña Ramona *Conſil.* 15. *num.* 14.

142. A eſta tan calificada doctrina ſe aumenta, el aver apetecido el Teſtador, ſobre la calidad de maſculos, la circunſtancia de ſer deſcendientes por linea maſculina; la qual manifieſta con notoriedad la intencion, y deſeo de conſervar la agnacion, D. Valenzuela *Conſ.* 40. *num.* 26. ibi: *Quia dicendo teſtatrix* per lineam maſculinam, *qualificavit ſuam diſpoſitionem vocando maſculos, quod inducit fœminarum excluſionem, &c.* Addentes *ad D. Molin. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 38. Torre *de maiorat. p.* 1. *cap.* 38. *num.* 500. ibi: *Item & quia deficit vocatio maſculorum ex linea maſculina, ex qua pariter voluntas pro agnatis elicitur.* Et plenius *deciſ.* 32. *num.* 6.

143. Lo qual procede con ſuperior razon en nueſtro caſo, por aver excluydo el Vinculante à ſu propia hija con aſignacion de dote, y à los Sacerdotes, y Religioſos, y habilitando ſolamente para la ſucceſion à los que fueren legitimos, y de legitimo Matrimonio procreados; que ſon las mas vehementes circunſtancias para combencer el concepto agnaticio, ex Ramona *Conſ.* 15. *num.* 16. *& ſeqq.* Torre *deciſ.* 32. *num.* 10. *& p.* 1. *cap.* 38. *num.* 443. Fuſar. *de ſubſtit. q.* 499. *num.* 21. Caſanate *Conſ.* 20. *num.* 31. donde tratan expecificamente de todas ellas, como inductivas de la agnacion.

144. Para evadir la eficacia de tan fundadas, como juridicas demonſtraciones del concepto agnaticio de dicho Mayorazgo, recurre el Marquès de Aryza à pretender que reſpecto de los deſcendientes de Don Ximeno de Urrea (*num.* 3.) de quien deriba ſu incluſion, no expreſsò el Teſtador, que huvieſſen de deſcender por linea maſculina, y que por eſte motivo ſolo ſe puede conſiderar Mayorazgo de maſculinidad en los deſcendientes de dicho Don Ximeno.

Pero

145. Pero esta evasion tiene muchas, y eficaces respuestas; porque siendo las primeras instituciones el indice mas seguro de la voluntad del Testador para comprehender lo que quiso disponer en las posteriores substituciones, segun el *Tex. in l. qui fundum* 87. §. *qui filios* 7. *in fin. ff. ad leg. falcid.* ibi: *Est igitur rationi congruens ne plus juris circa personam substituti testator habeat, quam habuerat in eo, cui eum substituebat. L.* 1. *cod. de impub. & alijs substit.* ibi: *Verum est non alias partes testatorem substitutioni tacitè inseruisse, quamque manifestè in institutione expressæ sint*; y aviendo explicado el Testador en las instituciones de sus hijos, que los descendientes de ellos huviessen de ser Varones por recta linea masculina para poder succeder en sus bienes, no se puede comprehender, que quisiera omitir esta circunstancia en los ultimos substituydos como son los descendientes de Don Ximeno. Asi lo prueba con elegancia Mieres *de Maiorat. p.* 1. *q.* 6. *num.* 167. ibi: *Tandem pro intellectu istius materiæ ante oculos haberi debet quædam regula celebratissima, & à cujus intellectu dependent omnes ferè lites quæ super maioratibus quotidie pullullant, & quæ est prona recta ad navigandum in ista materia, & ad rectè judicandum, & defendendum causas. Est igitur regula: Quod voluntas Testatoris in substitutionibus, est regulanda, sicut fuit voluntas in Institutione.*

146. Con igual expresion lo dixo Gama en la *decis.* 354. *num.* 4. ibi: *Duo præmitenda fore dicebam, quorum alterum hoc erat, quod forma, ordo, conditio, & voluntatis expresio Testatoris, quibus primus gradus institutionum regulatur in hac maioratus succesione, super qua contentio erat, sine dubio in substitutionibus repetitæ censentur, & eisdem forma, ordine, & conditione, sive modo regulari debent dictæ substitutiones*, cum alijs D. Castillo *lib.* 3. *controv. cap.* 15. *num.* 31. & 35.

Lue-

147. Luego no aviendo llamado Don Pedro de Vrrea en dicho Testamento à los descendientes cognados de sus hijos, tampoco se puede pretender llamamiento à favor de los descendientes cognados de su hermano hallandose este substituydo en el ultimo lugar, de donde resulta la menor predileccion en el Testador respecto de los descendientes de sus hijos; siendo cierto, que por ser Varones todos los llamados, y substituydos, no es asignable razon alguna de diferencia, por la qual contemplara la agnacion en los descendientes Varones de sus hijos, y no la apeteciera en los descendientes Varones de su Hermano, ex tradit. à Palma Napol. *tom. 3. allegat.* 227. *num.* 33. ibi: *Sed votum agnationis adducitur ad declarandam voluntatem Testatoris, quia ut elicitur ex tot conjecturis, si in linea contentiva proxima Nepotum habuit respectum ad agnationem, ita & censetur habuisse in linea contentiva remota agnatorum, expressè non ex conjecturis vocata. Maximè quia nulla ratio diferentiæ asignari valet, cur potius in linea Nepotum masculos prædilexerit, & habuerit respectum ad agnationem, secus autem linea Antonij pariter agnati.*

148. Y que deba entenderse repetida la calidad antecedentemente explicada, quando milita igual razon en unas, y otras Clausulas, lo advierten el señor Molina *de Primog. lib.3.cap.5.num.*58. ubi Addentes ibi: *Quando ratio conservandæ agnationis, expressa, vel subintellecta est, quo casu qualitas masculinitatis in una parte dispositionis expressa ad aliam referenda est, & præter Authorem id comprobant Riminaldus, &c. Quorum Sententia in judicando, & consulendo verissima est*; y modernamente sigue la misma opinion Torre *de maiorat.p.3.decis.*1.*num.* 55. ibi: *Hinc videmus, quod si Testator in una parte Testamenti expresserit qualitatem masculinitatis ob favorem*

agna-

agnationis conservandæ, & in alia parte dictam qualitatem prætermisserit, in parte ommissa, eadem masculinitatis qualitas expressa censeri debet, Gabriel &c. Cum alijs pluribus qui ad idem allegari possent, quos consulto omitimus, quia conclusio prædicta omni prorsus caret dificultate.

149. De donde resulta la notoria inverosimilitud que contendria la disposicion del Testador, apeteciendo la agnacion en los descendientes de sus hijos, y desestimandola en los descendientes de su Hermano, no aviendo razon à que poder atribuyr semejante desigualdad, que es à lo que se debe atender para la perfecta comprehension de la voluntad del Testador, como en caso semejante ponderaba Galeota *controv.* 10. *num.* 39. *lib.* 1. ibi: *Et voluntas quæ ut Regina dominatur in fideicommisis, & verosimilitudo, quæ tanquam Sal, & Aromata dant dispositioni Spiritum, & Vitam, satis aperte sabent.*

150. Y el mismo Testador explicò, y confirmò este dictamen en la Clausula en que funda su inclusion el Marquès de Aryza; pues llamò à Don Ximeno su Hermano, y à sus hijos, y descendientes Varones de legitimo Matrimonio procreados, el mayor, y primero en dias, aumentando las palabras *segun dito es*, las quales por su naturaleza son relativas à los llamamientos anteriores, y à las qualidades en ellos expressadas, y fue lo mismo que repetir por este medio en el ultimo llamamiento el orden, y forma de succeder, que avia explicado en los primeros, à fin de evitar la repeticion material de las palabras con que avia explicado su voluntad, como lo advirtiò Casanate *Cons.* 47. *num.* 107. ibi: *Et ne repeterent iterato totam Vinculi præcedentis seriem, eam voluerunt unico verbo haberi pro expressa & repetita in descendentibus filiorum masculorum: Nam relatio fit aliquando brevitatis causa, ut posita in capitulo, ad quod quis se remitit, habeantur hic pro repetitis, & translatis.*

151. Siendo igualmente cierto, que no ocurriendo razon especial que obligue à limitar la Clausula relativa à alguna de las calidades antecedentemente explicadas, se debe tener por absoluta la relacion de modo que las comprehenda todas, ex Casanate *Cons.53.num.27.* ibi: *Quorum traditio verissima est ubicumque non potest asignari ratio diversitatis, quare magis referatur ad proxima, quam ad remota*; y lo mismo advierte el Cardenal de Luca *de fideicom. disc.28.num.12.* ibi: *Vnde cum præcedenter absque dubio testator semper intellexerit de masculis per masculum absque mixtura fœminarum, idcircò idem dicendum erat in præsenti ex natura dictionis, seu orationis repetitivæ, juxta vulgaria, & quotidiana axiomata.* Sin que pueda ser de reparo el dezir, que siendo el llamamiento de rigurosa agnacion, odioso, y de estrecha naturaleza, necesita de clara expresion, de suerte, que no basta la tacita, que resulta de las palabras relativas *segun dito es*; porque lo contrario calificò la Rota *in Mantissa decis. Cardin. de Luca tom.10.decis.6.num.9.* ibi: *Ita, & in hac ultima substitutione utrique pariformiter vocati dicuntur ex vi posteriorum verborum*: come si è deto, è ordinato di sopra; *quæ uti relativa ad precedentes substitutiones, repetunt ordinem succedendi, ac omnes alias qualitates in illis à Testatore volitas, & demandatas ad trad. per Menoch. Cons.435.num.15.& seq. Peregrin. de fideicom. art. 16.sub. num.23. versic. item dictio, & art.29.num.17. Rota decis. 319.num.16.part.1.decis.532.num.27.& decis.691. num. 30.coram Cerro, & in Romana, seu Florentina fideicommisi 5. Aprilis 1683. §.& si objicitur coram R. P. D. meo Hervault. & 6. Marci 1684. §. tum quia, & seqq. coram R. P. D. meo Rondinino.*

152. Tampoco obstan las limitaciones que se ponderan por las Partes adversas contra la regla de la relacion

uni-

universal que resulta de las palabras *segun dito es*; por no tener aplicacion al caso presente, en que el Testador dispuso un Mayorazgo de Agnacion en los descendientes de sus hijos: en cuyos terminos, aunque no estuviera la relacion, que resulta de dichas palabras, se deberia excluyr de la succesion de estos bienes à qualquier descendiente Varon de Don Ximeno que no tubiere la calidad de agnado, como lo testifica el señor Molina de *Primogen. lib. 3. cap. 5. num. 63.* ibi: *Quarto prædicta secunda oppinio non procedit, quando si qualitas masculinitatis repetita non censeretur, deterioris conditionis esset proximior, quam remotior, tunc namque qualitas masculinitatis in una parte adjecta, in alia repetita censenda erit, prout censuerunt Curtius junior Cons. 114. num. 19. Gratus, &c.* y lo mismo comprueban los Addicionadores con gran copia de Autores sobre *el num.* 58.

153. Lo qual procede con superior razon en nuestro caso, por aver explicado el Testador en el llamamiento de los descendientes de Don Ximeno la calidad de masculos, la de legitimos, y primogenitos, por lo qual à ninguna de ellas, sino à la que se halla omitida, deben referirse las palabras *segun dito es*, ad tradita per Carleval de *Iudicijs tit. 2. disp. 2. num. 4.*

154. Quitando qualquier escrupulo la consideracion que ofrece la misma letra del Testamento; pues no cabe en el prudente juizio del Testador, que excluyendo de la succesion à su hija, y à los descendientes de ella, hiziera de mejor condicion à los Descendientes por Hembra, de su hermano, como notò Tertuliano *fol. mihi* 429. ibi: *Quis enim non diligens proximos, poterit diligere extraneos?* Casanate *Cons. 15. num. 25.* ibi: *Ne illud absurdissimum sequatur (quod in præsenti sequeretur) nempe plures personas, minus dilectas, vocatas in defectum descendentium*

tium ex Posthumis, esse melioris conditionis, quam Martinum, & alios fratres magis dilectos: Con que siendo al parecer innegable, que Don Pedro de Urrea en su Testamento formò un Mayorazgo de rigurosa agnacion à favor de los descendientes de sus hijos, y hermano, y no aviendo persona en quien concurra la calidad de Agnado, no puede pretender la succesion de estos bienes, por Varon, el Marquès de Aryza con absoluta prelacion de las Hembras por defecto de agnados, como dixo Torre de *maiorat.p.1.cap.25.§.24.num.284.vers. quando autem*, ibi: *Vel fuit in eo contemplata agnatio, & tunc masculus ex fœmina nequaquam venit ad succesionem, etiamsi deficiat masculus ex masculo, quia non habet vocationem Testatoris*; conclusion calificada por el señor Molina *de Primog.lib.3.cap.5.num.* 45. y con muchos Autores la confirma Rosa *consult.69.num.209.*

155. Y quando por las Congeturas que pueden inferirse de las Clausulas de dicho Testamento, se considerara en el Testador voluntad de perpetuar los bienes en su Familia, seria tan cierta la inclusion de la Condesa en esta vacante, como notoria la exclusion del Marquès de Aryza; pues por defecto de agnados deberia regularse la succesion por los llamamientos supletorios del derecho, con los quales se logra la perpetuidad, sin atribuyr à los Varones mas prelacion, que la correspondiente à la naturaleza del Mayorazgo regular, ex Domino Molina *de Primog.Hispan.lib.1. cap. 6. num. 26.* ibi: *In hoc tamen observandum erit in Maioratibus Hispannorum, non esse inducendam repetitionem masculinitatis, ex hac maioratus perpetuitate. Quamvis enim omnium conditionum, quæ ad perpetuitatem ejusdem necessariæ sunt, repetitio facienda sit; hæc tamen masculinitatis repetitio ad perpetuitatem maioratus necessaria non est, cum posit maioratus tam in fœminis, quam in masculis perpetuus esse.*

Pa-

156. Para cuya comprobacion se vale el señor Molida de otra razon igualmente eficàz en el *lib.3.cap.5.num.61.vers. illud tamen*, diziendo, que por una congeturada voluntad del Testador, no deben introducirse dos especialidades, como son, el suplir llamamientos à los expressados en la disposicion, y aumentar prelacion absoluta en los Varones con exclusion de las Hembras de mejor linea, ibi: *Non enim tot spetialitates introducendæ sunt, ut scilicet ex conjectura voluntatis, Maioratus succesio, etiam deficientibus vocationibus, ulterius progrediatur, & quod etiam masculi remotiores in eisdem, adversus jus commune fœminas proximiores excludant; quando autem in ipso Maioratu ratio conservandæ agnationis, tacitè, sivè expresè adjecta est, hæc duvia videntur, cum ex ratione expressa vocationes tam nominatim factæ, quam subintellectæ accipiendæ atque interpretandæ sint, quod cum casus contigerit, maturius considerandum erit.*

157. Y aunque hubo algunos que defendieron, por la mayor similitud del Mayorazgo de masculinidad con el agnaticio, que llamando el Testador à los agnados, y en defecto de ellos à los Varones, se presumia aver querido inducir Mayorazgo de agnacion artificial à favor de todos los Varones, con exclusion de las Hembras de mejor linea; se halla comunmente reprobada dicha opinion en los Mayorazgos de España, como advierte Roxas *de incompat.p.1.cap.6.num.313.* ibi: *Vnde saltem in Vinculis, & Maioratibus nostræ Hispaniæ, reprobanda est oppinio illorum qui tenent, quod si ad succesionem Maioratus, vocati sint agnati exclusis fœminis, & agnatis extinctis succedant masculi cognati, scilicet masculi ex fœminis, quod tunc deficientibus agnatis masculis ex masculis, in quibus dabatur vera ac propria agnatio, ad simili-*

 tudi-

tudinem ejus ſubrogatur inter maſculos ex fœminis illa ficta, atque artifitioſa agnatio.

158. Y lo miſmo prueba Vela *diſert. 49. num. 107.* ibi: *Cum poſt finitas maſculorum agnatorum lineas, maioratus ad ſuam regularem naturam facile revertatur, ut ab ea receſsiſſe Inſtitutor videretur, fictamque denuo agnationem maſculorum quorumcumque etiam ex fœminis inducere, neceſſe erat quod id nominatim exprimeret, aut per evidentiſsimas conjecturas id aliunde coligeretur, cum accidentia minimè præſſumantur.* Suelves *lib. 3. conſ. 5. num. 39.*

§. II.

QVE TAMPOCO PVEDE SVCCEDER EL MARquès de Aryza, en fuerça del Teſtamento otorgado por el Conde Don Antonio (num 61.)

159. PAra en caſo que ſe entendiere ſer Mayorazgo Agnaticio el que fundò Don Pedro de Urrea en ſu Teſtamento; que fue legitima ſu diſpoſicion; y que el Conde Don Antonio, como ultimo agnado, tubo libertad para diſponer de dichos bienes; tampoco puede pretender el Marquès de Aryza, que en fuerça de el Teſtamento otorgado por dicho Conde Don Antonio, debe ſer declarado legitimo ſucceſſor del Condado de Aranda, y ſus agregados en eſta vacante. Por quanto mediante Sentencia legitimamente pronunciada, con audiencia de las Partes intereſſadas, y precediendo dilatado, y prolixo examen, fue declarado nulo el dicho Teſtamento; y mientras dicha Sentencia eſtubiere en ſu fuerça, como oy lo eſtà, por no hallarſe revocada, ni extincta, debe cauſar igual perjuyzio à todos los ſucceſſores del Marquès de Aryza Don Juan (*num. 59.*) que

fue

fue quien defendiò la legitimidad de dicho Teſtamento, que es la calidad con que litiga el Marquès actual (*n.* 82.) por cuyo motivo concurren en ſu perſona las tres identidades del derecho, para no poder preſſervarſe del perjuyzio de la Sentencia pronunciada contra ſu anteceſſor, como advierte el ſeñor Obiſpo Valenzuela *Conſ.* 40.*num.* 54. Y porque la Sentencia que declara nulo un Teſtamento, perjudica à todos los intereſſados en èl, aunque no ayan ſido Colitigantes, Noguerol *allegat.*83. *à num.* 15. Cancer *variar.reſol.tit.*3.*cap.*17.*num.* 401. D. Salgado *in lab. credit.p.*1.*cap.*23. *à num.*25.

160. Y por no poderſe embaraçar la execucion de la Sentencia que invalidò dicho Teſtamento, ſe decretò à favor del Conde Don Pedro Pablo (*num.* 62.) la ſubrogacion en el Eſtado de Aranda; y deſpues ſe pronunciò lo miſmo à favor de Doña Juana Rocafull, Condeſa actual (*num.* 73.) como Viuda de Don Dionyſio Ximenez de Urrea ſu Marido; y aſsi dichas Sentencias, ò han de calificar la inevitable nulidad del Teſtamento, ò el defecto de libertad en el Conde Don Antonio para diſponer del Eſtado de Aranda; y qualquiera de eſtos Juzgados es baſtante para que deba repelerſe la pretenſion del Marquès de Aryza como ſucceſſor de dicho Marquès D. Juan, ad tradita per D. Molinam *lib.*4.*cap.* 8.*num.*3. Ubi Addentes, D. Salgado *in Laberin. credit.p.* 1.*cap.*40.*num.*20. Capicio Latro *tom.* 1. *conſult.* 52. Amato *reſol.* 86. *à num.* 20. *& ſeqq.* teniendo puntual aplicacion lo que en otro caſo ſemejante dixo Fontanella *deciſ.* 398.*num.*28. ibi; *Sileant jam nunc Advocatorum voces in materia iſta, & contremiſcant tam iteratam tanti ſenatus Authoritatem.*

161. Y quando no tubiera contra sì el Marquès de Aryza, los Juzgados que vàn referidos, padeciendo dicho Teſtamento los vicios viſibles que reſultan de ſu letura, y

ſe

ſe hallan opueſtos en eſte Pleyto; tampoco podia obtener en eſte Juyzio Poſſeſſorio, por obſtarle *el tex.in.l.fin. C. de Edict. Div. Adrian. tollend.* por cuya deciſion comunmente recibida, no puede obtener la imiſion el Heredero eſcrito que preſenta Teſtamento con vicio viſible, como advierte Argelo *de legit. contradict.q.*11.*art.* 3.*num.* 37. ibi: *Secundo, quia eſt receptiſsima omnium Sententia, vitium viſibile Teſtamenti hanc immiſionem impedire.* Y aunque por parte del Marquès de Aryza ſe intenta perſuadir, que dicho Teſtamento es valido, y ſolemne; queda deſvanecida ſu pretenſion teniendo preſentes los motibos de la Sentencia que lo declarò ilegitimo, y ſon los ſiguientes.

162. *Ex eo & alias prout in Sententia pronuntiatur: quia tres ſunt in Proceſſu exhibitæ ſcripturæ de quarum veritate, falſitate, vel valore diſceptatur, & inter partes nervoſe contenditur, quæ ſecundum ordinem temporum in quibus dicuntur factæ vel ſcriptæ ſunt quæ ſequuntur. Prima, illa quam Illuſtris Quondam D. Antonius Ximenez de Vrrea Arandenſis Comes, ad teſtandum ſe preveniendo, vel preparando, ſcribere fecit, & partim propria manu ſcripſit, & ſubſcripſit ſuam in eadem voluntatem ultimam explicitè & ſpecificè declarando. Alia & ſecunda illa eſt, quæ prætenditur fuiſſe per eundem Comitem coram Notario & tribus teſtibus conceſſam, & per teſtes ſubſcriptam, per quam dicitur fuiſſe traditam illam primam clauſam & ſigillatam Notario ad finem teſtandi implicitè, ſecretè, ſive inſcriptis, & prout in Scriptura clauſa poſt mortem ſuam (ſi adhuc vivente illam non recuperaret) legeretur, & ſuplicaretur; quam utique voluit elogium ultimum eſſe ſuum. Tertia denique illa eſt, in qua (Comite jam vita functo) legìtur fuiſſe plicam clauſam & ſigillatam apertam, & primam ſcripturam introcluſam co-*

coram testibus lectam de verbo ad verbum, & publicatam.

163. *Quibus suppositis: Ex tribus dictis scripturis prima & ultima veræ declarantur, & à falsitate per Actores pretensa conventi absolvuntur. Prima etenim partim scripta & integrè subscripta per præfatum Comitem exactè probatur, tam per plures idoneos testes qui de nota littera Comitis concludunt, quam per comparationem plurium aliarum similium scriptionum, quas fecisse Comitem, dubitari non potest, quia inveniuntur in Protocolis tabellionum ad calcem instrumentorum, quæ Comes concesit, pro quorum valore, & solemnitate concedendis, subscriptiones de foro necessario requirebantur. Tertiæ similiter veritas per plures testes concluditur, & quia minutata tempore habili, & cum formalitate necessaria producitur de certitudine illius facti non dubitatur.*

164. *Tota itaque dificultatis vis, & litis hujus profundus pelagus in veritate, vel falsitate, vel in solemnitate secundæ scripturæ ex tribus, jam dictis, versatur: Agentes falsam, vel nullam; Conventi vero veram & solemnem declarari supplicant, vel potius coram Iudice à quo, suplicarunt: Ille veram esse & solemnem pronuntiavit, & Conventos absolvit. Reformatur vero Sententia illa, & nulla & insolemnis hæc Scriptura declaratur, conventos condemnando ex pluribus & præcipuè ex sequentibus rationibus pro quarumvi, & efficacia clarius experimendis aliqua præssuponere necessario libuit.*

165. *Primum supositum sit, formam traditam per forum nostrum sub rubica.* Forma para testificar los Actos por los Notarios, *esse precisam, gravem, & ex omni sui parte substantialem, & formalissime adimplendam; quæ tam in rubro, quam in nigro pro forma stabilitur, potestas Notarij aliter testificandi adimitur, gravissima pena eisdem comminatur; & pro falsitatibus vitandis talis*

fuit

fuit animus legislatoris avidissimè ad formæ observantiam præcissam intentus, ut totam instrumentorum, vel actuum aliter testificatorum substantiam Decreto irritanti inficiat & destruat.

166. *Secundum, quod in Regno testari non potest regulariter sine Notario, testibus, & sic publico Instrumento: Vnde scriptura dicitur de necesitate facti & probationis: Et quamvis aliquando, necesitate cogente, in defectum Notarij posit testari, tamen illud factum debet solemniter, prout forus vult, adverari, & in publicam scripturam redigi; alias voluntas illa ultima periret.*

167. *Tertium quod forus, jam dictus, qui de solis publicis Instrumentis cum Notario & testibus receptis loquitur, comprehendit non solum scripturas ultimæ voluntatis explicitè coram Notario & testibus & sic nuncupative, & palam declaratæ, sed scripturas voluntatis implicitè ad scripturam secretam relatæ: Et sic non solum Chartas Testamenti aperti, sed etiam in scriptis, & ut vulgo fertur, clausi: hoc ex generalitate verborum, indefiniteque in dispositione legis, æquipollet, sine dubio universali literaliter satis deprehenditur, & à maioritate rationis evitandi falsitates, quæ in Testamentis in scriptis propter maius periculum fortius urget, convincitur: sic à foro condito vidimus observatum, & à Regni Supremis Tribunalibus semper intellectum. Stantibus itaque litteræ mente, observantia inconcusa, & stillo judicandi dubitationis locus non remanet.*

168. *Illis præhabitis, litigiosa hæc scriptura, nulla & insolemnis declaratur: Primo, quia ex probatis per actores, & per conventos articulatis constat; scriptam fuisse & subscriptam post mortem Comitis Testatoris; illi quia non fuit eo vivente testificata, sic factum clamant:* Hij *verò, solùm transcriptam fideliter sine aliqua substantiæ mutatione conten-*

tendunt; & ideo factum asseverant; quia papyrus illa originalis, in qua coram Testatore fuit scripta lecta, à Notario publicata, & à testibus subscripta. Hæc scriptura post apertionem mortuo jam Comite facta, & interim dum scriptura prima introclusa per Notarium legebatur, & coram testibus publicabatur, fuit casu, & inopinatè à quodam tertiò, malè, valde habita, & corrugata. Sed quidquid de hoc sit, certum est, & constans inter partes hanc exhibitam non esse illam originalem matricem in dorso plicæ, vel veriùs papyro alba primam scripturam cooperiente, & claudente per Notarium coram testatore extemam, lectam, publicatam, & à testibus subscriptam: Ex quo clara resultat ejus nullitas, vel insolemnitas. Ex satisfactione tamen eorum, quæ pro validitate ponderantur, veritas hæc maiori luce donabitur.

169. *Hæc ut evadant conventi, asserunt, non fuisse hanc scripturam de novo factam, sed solùm refectam, & fidelitèr instauratam per eundem Notarium rogatum scriptam, & per eosdem testes subscriptam; unde formalitèr est eadem, quamvis materialitèr diversa. Sed respondetur, quod in refactione, vel instauratione juxta communem sententiam concurrere debent illimet, qui in confectione; unde testatore mortuo refici scriptura non poterat; præsertim per solum Notarium, & ad summum instaurari posset citata parte, & probata causa coram Iudice (præsentiam testatoris supplente) Nec obstat dicere posse Notarium rogatum corrigere suum errorem, & adhùc pro suspitionibus vitandis novum prothocollum, vel matricem facere; quia super hoc DD. discordant, & tutius omnes coram Iudice fieri debere affirmant: & adhùc loquuntur, quando matrices per solum Notarium conficiuntur nullo alio necessario scribente, nec cooperante; & tùnc consilium noviter prothocolandi, in casu erroris proficeret solum, quando*

igno-

ignoraretur, quia à solo Notario facta, nova prothocolatio: Nam illa perdita majus esset damnum; quia aut fuit noviter facta, quia prima erat cassata, cancellata, & interlineata, & ob id de falso suspecta, aut non? Primo casu, eo ipso, quod de novo facta supponit illas cassationes cancellationes, & interlineaturas suspicio non cessat, sed augetur: In secundo, cum merè voluntariè, & sic extra necessitatem, & sine errore facta fuerit suspitionem graviorem multo contra Notarium generat; sed, quatenus sinè difficultate forent, & transirent non versamur in correctione erroris Notarj, si etiam simile, vel idem foret noster casus, nec adhuc poterat corrigere, quia hæc scriptura, uti conventi volunt, fuit integre extensa, lecta, & publicata à Notario coram testatore, & illotunc à testibus subscripta. Erat etiam provaliditate testamenti omnino à lege requisita, & sic in qua, & ex qua tota vis, & substantia ultimæ voluntatis Comitis pendebat, & quæ identitatem, introclusæ non solum per tenorem, & formam, sed sui ipsius sigillationem, & sic per notarium demonstrabat horum quodlibet correctionem erroris Notario prohibere, qui error jam non suus, sed testatoris esset. Si igitur corrigere non licuit, multò minus novum protocolum facere: Si enim minima pars recentis scripturæ nocet, multo melius tota scriptura novitèr exarata nocebit.

170. *Nec relevat allegata consuetudo, sive Notariorum stillus noviter protocolandi, si prima matrix si frangatur, vel conspurcetur, vel quid simile accidat, & jam in scripturis subscriptiones de foro requirentibus; ea enim procedit prout de jure, concurrentibus omnibus, qui in confectione; altero verò jam mortuo, vel deficiente, prout in nostro casu, non solum non probatur, sed nec articulatur.*

171. *Secundò respondetur contra instaurationem; quod refactio, vel instauratio est ad pristinam formam reductio:*

ductio: ut itaque constet de refectione, debet similiter constare de primeva illa forma, quæ pretenditur ad statum reducta; de forma illius primæ, & matricis scripturæ non constat, prout requiritur: igitur nec de illius refectione, vel instauratione. Licet enim quatuor, vel saltim tres testes asserant, hanc novam scripturam continere eandem substantiam, kallendarium, & susbcriptiones, quæ incorruptæ legebantur; & sic per omnimodam similitudinem videatur constare de illa primeva forma, non tamen probant; Quia, ultra ea, quæ contra personas obijciuntur, quod sunt legatarij, famuli, salariati, commensales, & adhuc causæ hujus solicitatores respectivè, & contra dicta, quia in pluribus, & non levibus, discordantes sunt, & contrarij: illud majus est, quod omnes quatuor sunt illimet qui inclandestina, & custodibus, sivè exploratoribus ad ostium domus adhibitis, hac reparatione, sivè refectione, jam papyrum ministrando, jam sigillando, scribendo, vel subscribendo cooperarunt: quod omne (quamvis fidelissimè fecerint) cum illorum dicta sui commodum, laudem, vituperium, vel exonerationem necessario tangant, legitimi non censentur. Quatenus tamen legitimi forent, & habiles; indefinitè, & non de tota substantia asseverant: & in probationibus, indefinitam universali non æquipollere, tritum est: possent etiam ibidem reperiri cancellationes aliquæ, interlineaturæ, vel plura alia, quæ fidem matrici tollerent; vel factum in totum, vel partem mutarent: Cum itaque attestationes istæ, hæc non excludant, nec formam integram includunt.

172. *Dato tamen, quod concludant, & prædicta omnia cessent; essemus in casu probandi tenorem ammissæ scripturæ per testes. Quod per observantiam Regni, sinè aliqua exceptione invenitur prohibitum. Si pars opponat (prout in præsenti fecit, quin obstet) tenorem amissi instrumenti non*

posse probari per testes absolutè; benè verò per Notarium testificantem, & testes instrumentales; quia de foro admituntur contra chartam, & ratio fraudis evitandæ æquè militat, & maior in conservando, quam indestruendo favor admiti debet, & Notarius, & testes sunt charta ipsa, & instrumentum vivum: Sed respondetur legem locutam fuisse sine exceptione, & ubi ipsa non distinguit, nec nos. Immò eo ipso, quod in casu contrario, vel simili distinxit, & non in nostro, dicendum est noluisse. Nec itidem Practici nostri distinxerunt, nec scimus, nec audivimus talem exceptionem practicatam, nec practicari potest attenta ipsius legis, vel observantiæ dispositione; fori enim, & observantiæ, quæ de admitendis Notario, & testibus contra chartam loquuntur, & de quibus esse chartam ipsam, vel instrumentum vivum attestantur, non de quibuscumque Notario, & testibus fantasticis, vel imaginarijs intelligunt, sed litteris claris de Notario, & testibus instrumento conscriptis, cumquibus, si aliquid in instrumento, vel charta omisum, non scriptum, & præter illa, vel contra contractum, vel factum in eadem contentum in vim exceptionis opponatur, debet, & potest probari, & non cum alijs. Unde tam fori, quam observantiæ talem probationem admitentes, quam partes excipientes (cum sciant, cum alijs probari non posse) suponunt illos in charta conscriptos pro veris Notario, & testibus, & inde instrumentum testificatum, & actu existens, in quo nomina Notarij & testium legi possunt. In causa vero instrumento amisso legi non possunt, nec inveniri in eodem conscripti; unde qualitas omnino deficit, & regula incapax remanet talis exceptionis: deficit instrumentum, quod est subjectum deficere: Itidèm desunt qualitates, quæ in eodem recipi debebant; una est conscriptio nominum Notarij & testium in eodem: Igitur lex dictat, tenorem amissi instrumenti non posse probari per testes. Si admiteret

excep-

exceptionem de probando per Notarium, & testes in instrumento conscriptos, admiteret qualitatem sine subjecto, & accidens sine substantia contra naturam ipsam.

173. *Si etiam adhuc dicatur; posse per ipsos, vel per alios probari fuisse conscriptos, fit satis; Primò, quod jam non esset probare per conscriptos, sed per eos, de quibus dicitur fuisse conscriptos. Secundo, quod cum pars principalis tenoris instrumenti sint nomina Notarij & testium, reincideremus in probatione tenoris per testes non solum conscriptos, sed alios. Tertio, quòd lex prohibet probationem tenoris per testes ad evitandas fraudes, quæ possent comiti per testes falsos, qui dicerent falsè de tenore, nec minus dicerent, de rogitu, & periculum fraudis remaneret, lex omnino ridicula, futilis, & sine effectu rederetur, & frustra membranas occuparet.*

174. *Posito tamen, quod lex hæc nostra (quæ verbis scriptis corrigit, seu derogat) deficeret; adhuc, de scripta ratione ad probandum tenorem instrumenti amissi, debet de amissione constare; non enim sat est dicere amissum instrumentum, sed casum amissionis articulare, & probare: Aliàs, si ad solam allegationem hæc probatio admiteretur, leges requirentes scripturam, de necessitate facti, aut probationis facillimè fraudarentur, & irrisoriæ ad cujusque libitum fierent. Cùm itaque solum hæc probatio admitatur in casu amissionis, & sic in subsidium; qualitatem amissionis concludenter probare debet, qui vult admiti ad probandum tenorem chartæ per testes; hoc non fuit articulatum, neque probatum: Igitur nec casus in quo de jure admititur probatio tenoris per testes. Et non solum non est probata amissio in nostro casu, immo constat non fuisse amissam scripturam illam matricem, sed solum corrugatam; quæ postea extensa, & ad statum pristinum redacta, habilis extitit, & idonea ad illius transcriptionem, tenorem plenè,*

&

& integrè videndum, legendum, & cum recenter exarata comprobandum: idonea itaque erat, & habilis ad probandum in juditio, & ad omnes juris, & fori effectus, & ex omnibus his apparet non solum non fuisse amissam, sed merè voluntariè, & sine causa transcriptam (& ut volunt refectam) & sic omnino nulliter: Stante itaque matrice scriptura de necessitate facti, & probationis requisita; non tamen in processu exhibita, contra omnem rationem scriptam, & expressam Regni observantiam probatio illius tenoris per testes admitteretur.

175. *Si verò, hæc adversus, adhùc instent, dicentes per depositionem Notarij constare de amissione: inquit enim, quod postquam jam scriptura noviter transcripta, & refecta fuit integre subscripta; primam illam matricem laceravit, & in frustra divisit. Respondetur; hunc testem (alijs oppositionibus ommissis) esse singularem; & quamvis de facto proprio testificetur, id fecit ad exonerationem: dederat antea manifestationi responsum, dicendo non habere apud se aliàs scripturas testamentum Comitis tangentes præter illas, quas Officiali manifestanti tradebat; Quid mirum igitur? Si posteà, quando loquitur, ut testis, dicat, matricem lacerasse; Quia si id non dixisset, de mendacio, & perjurio convinceretur: & denique id asseruit merè voluntariè, & non interrogatus: desunt positiones, & super non articulatis non cadit probatio, taliter quod etiamsi plures testes idonei devisu id concluderent; probatio omnino deficeret; Nec in contrarium quidquam mobet, instrumentum per rogatum extractum, vel levatum: Quamvis secundò, vel tertiò scriptum semper probare: etiamsi de matrice non constet, & idem dicendum de matrice per rogatum secundò scripta, quamvis primi deficiat; quia non solum rogatus, sed adhùc Comissarius possunt semel, vel pluries instrumenta ex matrice levare, & ad libitum scindere, vel*

lacerare , & novitèr ex matrice conficere sine aliquo damno partium : Quia quamvis errent , vel tenorem mutent , per comprobationem cum matrice damnum (si quod fuerit) emendari potest, & debet : Si verò matrix prima laceretur , & nova fiat , cum errore irreparabili remanet. Non itaquè , quod de levato facere , de matrice licèt probare etiam extractum per rogatum , quamvis matrix deficiat, licèt regulariter procedat , non tamen quando scriptura requiritur de necessitate facti prout Communissimè DD. tradunt : Verumtamen est , admittendum esse ad probationem instrumentum illud , dùm de defectu matricis non apparet ; si tamen de deficientia constet , & ex adverso amissione casuali non doceatur , admitti non debere communissimum est, & in scripturis , ad sui valorem subscriptiones requirentibus , indubitatum. Ad quid enim subscriptiones in matrice , ex eo solùm , quod instrumentum fiat per rogatum in formam publicam , ubi ipsæ non adhibentur, factum verificetur ? Cùm itaquè eo in casu , lex de solis , Notario , & testibus non confidat , & in levato alia non sit authoritas, præter probationem extracti, etiam per rogatum, si de matrice, exactè investigata, & quæsita non apparet; nec ex adverso de amissione casuali non doceatur , præsertim in factis non antiquis , & aliquibus suspitionibus contra fidem concurrentibus , proùt hic , prorsus reijciendum judicamus.

176. *Si deniquè obijciant , scripturam exhibitam fuisse per agentes de falso redargutam , & juxta Foros per Notarium , & testes in eadem conscriptos , adveratam Respondetur Foros loqui de instrumentis in publicam formam extractis, habentes pro se præssumptionem veritatis, & solemnitatis ; quatenùs vero , propter aliquam identitatem rationis , id ipsum in protocolis , vel matricibus procederet; dicitur primò : quod non versamur in redargutione speciès falsitatis proponendo , & juramento redarguentium adverandi,*

randi, & onus adverſationis in adverſarios transferendo, prout fori ſtatuunt; tunc enim, redarguens, onus adverationis producendi ſcripturam relinquens; eo ipſo, quod ſcit debere adverari cum Notario, & teſtibus, adveratores approbat; ſecus, quando onus probandi in ſe recepit, prout hic. Secundò; quod adhuc in caſu redargutionis foralis, per adverationem factam cum Notario, & teſtibus non probatur tenor inſtrumenti; ſed probatio tenoris, quæ per inſtrumentum fit, purgatur, & liberatur à præſſumptione ſpecierum falſitatis; & juramento redarguentis reſultanti. Tertiò; quod illo tunc datur inſtrumentum, vel protocolum originale, ſaltim præſſumptivè, ubi leguntur nomina Notarij, & teſtium, dum de falſitate non conſtat; in præſenti verò, abeſsè originalem ſcripturam, non dubitatur: Cum itaque ſecundum ordinem naturæ, primò inquirere debeamus, an ſit inſtrumentum, poſteà verò quale, fruſtra de qualitate veritatis, vel falſitatis diſceptabitur, ſi de objecto non apparet, & ſic nec de Notario, & teſtibus, per quos debeat adverari. Quartò: quod actores in præſenti non dixerunt ſolum de falſitate, ſed etiam de nullitate alternativè; quidquid itaque ſit de falſitate, nullitas non excluditur: pro hac excludenda tenor ſcripturæ matricis veniebat concludenter probandus (ut ex dictis reſultat) modò verus eſſet, modò falſus tenor ille: Semper igitur verum eſt, verſari in terminis probandi tenorem inſtrumenti per teſtes; non verò adverationis inſtrumenti de falſo redarguti, & ceſſant argumentationes contrariæ, & certum remanet primum hoc nullitatis fundamentum.

177. Conceſſo tamen, quod ſcriptura hæc exhibita eſſet ipſa matrix originalis coram teſtatore ſcripta, lecta, publicata, & à teſtibus ſubſcripta; adhuc nulla declaranda venit, & declaratur; quia à ſolis teſtibus, non verò à Comite, teſtatore concedente, cernitur ſubſcripta, quod ſequen-

sequenti invencibili, ut censemus, argumento satis demonstratur. Forus noster, sub rubrica, Forma para testificar, *claris, & apertissimis verbis, quæ cavillari non possunt, ait, & sub nullitatis vitio præcipit:* Que ningun Notario del presente Reyno pueda recibir, ni testificar Auto, ni Carta publica alguna de Testamento, Codicilo, &c. sino que aquellos, al tiempo que los testifica, y haze testigos de ellos en su prisia, ceda, protocolo, ò matriz escritura de los dichos Testamento, Codicilo, &c. se ayan de subscribir de sus proprias manos los que los otorgaràn, y los testigos si sabràn, ò tendràn disposicion de sus personas para poderse escribir à discrecion del Notario que los testificarà. *In matrice præsentis scripturæ actus, sivè chartæ publicæ instrumenti, non se subscripsit Comes testator: igitur ex defectu solemnitatis foralis præsens actus, scriptura, seu charta publica nulla est omninò. Propositionem maiorem probat Forus; minor resultat ex visura, & lectura ejusdem scripturæ; consequentia, itaque, est vera.*

178. *Illius argumenti vim ut effugiant, concessa maiori, contra minorem duplici præcipuo medio insurgunt. Primò dicunt hanc scripturam liberationis, non esse chartam testamenti: Secundò, quod non ipsa sola, sed simul cum scriptura introclusa, ex quibus duabus simul junctis testamentum, sivè matrix unica testamenti resultat; cum itaque Comes introclusam subscripsit, id fecit in matrice testamenti, & formæ fori satisfecit.*

179. *Primùm tamen medium reffellitur; quia illa est charta publica testamenti, in qua testator coram Notario, & testibus voluntatem suam ultimam profert; & hæc prolatio dupliciter à testatore fieri potest; vel implicitè referendo se ad aliud certum, ad scripturam videlicèt jam factam, vel faciendam in hoc, vel illo loco proximo, vel remoto existentem; vèl explicitè minutatìm, & in individuo*

sine

ſine aliqua relatione omnia exprimendo : ex utroque modo perfectè teſtatur. In hac ſcriptura ſequentia leguntur. Que yo Don Antonio, &c. eſtando ſano con entero juyzio, y palabra manifieſta, &c. caſando, revocando, &c. aora de nuevo, &c. doy, y entrego en poder, y manos de Juan Franciſco Perez, Notario Real, &c. la preſente Plica, cerrada, y ſellada, dentro la qual ſe contiene mi ultimo Teſtamento, y quiero valga por tal. *Et ubi expreſſe voluntatem ſuam ultimam per relationem, & implicitè coram Notario, & teſtibus profert, quamvis explicitè celet, ergo perfectè teſtatur, & eſt charta publica teſtamenti.*

180. *Confirmatur : concurrentibus duabus ſcripturis, referente, & relata, prout in noſtro caſu; referens continet diſpoſitionem, & relata ſolum explicationem diſpoſiti per referentem; quia Petrus in teſtamento dicat, relinquo mille cui in alia ſcriptura nominavero, & in illa, quæ (fortè codicillus) reperiatur nominatus Ioannes, non capit legatum ex codicillo, ſed ex teſtamento; quia jam in prima legatum datum erat, & ſolum in ultima explicata perſona, ſic ſimiliter in noſtro caſu; Comes in hac ſcriptura de omnibus diſpoſſuit, perſonæ vero, quantitates, &c. in incluſa explicantur; non itaque ex incluſa bona capiuntur, ſed ex publica hac diſponente; hæc itaque teſtamentum, & non illa.*

181. *Deinde, quia in Regno, ut ſupra diximus, teſtari non poteſt ſine Notario, & teſtibus, & inſtrumento ſolemni. Notarius, nec teſtes fuerunt rogati niſi de contentis in hac ſcriptura, nec de alia fuit receptum publicum inſtrumentum : igitur vel ſcriptura hæc eſt charta publica teſtamenti? Vel Comes inteſtatus deceſsit? Quod non fuerunt rogati, nec de aliquo alio factum inſtrumentum; patet : quia ad illius eſſentiam requiruntur authoritas ſcribentis, ſolemnitas pœnes modum, & eorum, quæ in teſtamento continentur, Notarij, & teſtium ſenſibilitas. Solùm viderunt, &*

au-

audierunt, quæ in hac scriptura leguntur; introclusam verò nec viderunt, nec audierunt; immò potius testator ab eisdem occultam, & secretam servavit: de tenore igitur voluntatis explicitæ in scriptura introclusa contento non fuerunt rogati, nec, facto supposito, rogari potuerunt, & per consequens nec factum instrumentum publicum, cujus essentia secreta repugnat.

182. *Nec officit, essentiam publicæ scripturæ non stare in eo; quod in eadem contenta pandantur, vèl secretè custodiantur; sed in eo, quod per personam publicam authoricetur, & testificetur. Quia respondetur; concedendo, non omnem scripturam, quamvis multitudini panditam, esse ideo publicam: negando verò, possedari publicum instrumentum de tenore alicujus scripturæ à Notario, & testibus ignorato; & sic valet argumentum; de tenore talis scripturæ fuit confectum publicum instrumentum: ergo saltim Notario, & testibus non fuit occultus. Vnde certum est, Notarios rogatos, pro testamentis inscriptis, rogari solum de solemnitate, quæ consistit in eo, quod coram ipsis testator, & testes dicunt, vel faciunt respectivè; non de tenore introcluso, quem nec vident, nec audiunt, & quàmvis de eo rogarentur, testificare non possent: Cum itaque Notarius fuerit solum rogatus de contentis in hac scriptura, & testari non possit sine Notario, & testibus, subscriptionibus testatoris, & testium, vel scriptura, hæc est testamentum, & venit subscribenda; vel nullibi charta publica testamenti reperitur.*

183. *Pro his diluendis, ad secundum medium, supra expressum, confugiunt, & volunt, quod ex hac scriptura sivè charta publica per Notarium recepta, & testificata, & ex illa introclusa secreta, de cujus tenore non fuit rogatus Notarius, fiat unica scriptura publica, sivè instrumentum publicum testamenti, & unica matrix. Sed quidem sine*

ratio-

ratione aliqua (ut censemus) immò tam respectu materiæ, quam formæ resultat necessario diversitas; hæc enim scripta fuit in alba illa papyro sigillata, introclusam cooperiente, & claudente, & ab alia taliter separata, & independenti, quod corrugationem illam (ut dicitur) passa fuit, à qua fuit introclusa liberata; quod fieri non posset, si materia foret eadem. Respectu formæ necessariè etiam diversitas resultat; externa enim, hæc est publica, & testificata; interna non testificata, & secreta; tenor hujus implicitus; illius, vero, explicitus; illa explicans; hæc, quæ explicatur; hæc claudens; illa clausa; hæc continens; illa contenta; hæc denique referens; illa relata, quæ omnes sunt formalitates invicem inter se contrariæ, & oppositæ; quæ in eodem subjecto concurrere non possunt. Diversæ igitur sunt omnino hæ scripturæ, & diversas matrices efformant. Si quærimus modò, quænam ex his matricibus veniat subscribenda, respondit expresse Legislator, ibi: Sino que aquellas, al tiempo que las testifica, y haze testigos de ellas en su prisſia, &c. *Datur matrix testificata, & publica, & de qua fecit testes; & alia matrix, de qua non fuit rogatus, nec fecit testes: illa igitur ut publica, secundum litteram fori, non alia, expressè subscribenda venit.*

184. *Replicare possunt, dicentes; scriptura introclusa non fuit publicata, nec de ejus tenore factum publicum instrumentum; igitur nec à testatore concessa ad probandam, nec explicandam suam voluntatem supremam. Respondetur tamen; aliam esse scripturam probantem, aliam publicum instrumentum coram Notario, & testibus receptum. Testator, instrumento mediante, dixit, quod intus plicam illam, quam Notario tradebat, continebatur suum testamentum; per hanc relationem fecit scripturam introclusam probantem sub conditione tamen, si ibidem reperiretur, aperiretur, & publicaretur: indiget ergo scriptura introclusa, ad hoc*

ut

ut probet, scriptura solemni referente, & sui ipsius apertione, & publicatione, sivè tenoris manifestatione, quod proprium est scripturæ privatæ; instrumentum verò publicum, secundum ejus naturam, non indiget ad probandum factum in eodem contentum, adminiculo aliquo, sed per se ipsum, sine extrinseci alterius facti verificatione probat; & ideò dicitur probatio probata, nullo indigens auxilio, & veritas per se patens; scriptura hæc liberationis, sivè voluntatis implicitæ per se ipsam sine introclusa, nec aliquo novo facto, vel adminiculo statim probat factum in eadem narratum: introclusa verò sine hac referente, & identitatis verificatione nihil probat. Patet igitur, hanc, non illam publicum esse testamentum per Notarium receptum, & de cujus tenore fecit testes: hujus ergo, non illius matrix subscribi debet secundum forum, cum ipse expressè dicat, quod subscribantur testator, & testes in matrice chartæ publicæ per Notarium testificatæ, & de cujus tenore fecit testes.

185. *Hinc oritur communis, & vera DD. theorica docentium, regulariter scripturam privatam non probare; limitant verò, quando in publico instrumento voluerunt partes, quod scripturæ privatæ inter ipsos probent; tunc enim verè probant illæ privatæ scripturæ, si de instrumento consensus, & de illarum existentia appareat: & ideo privatarum naturam non exuunt, immò conservant; quia aliàs limitatio non esset de regula, & si transiret in naturam publici instrumenti non inter solos consentientes, sed inter quoscumque probarent sine alia scriptura, & adminiculo, quod proprium est instrumẽti publici. Et in proprijs terminis de scriptura privata, ad quam testator se retulit, id ipsum expressè, & unanimiter docent. Quamvis igitur testator in nostro casu ad scripturam se retulerit introclusam, & privatam, & suo casu probantem fecerit; non ideo scriptura illa naturam publici instrumenti assumpsit; sed privata sine dubio*

bio retinuit, & incapax semper fuit foralium descriptionum; non aliterac si adhuc scripta nõ esset, aut apud tertium deposita: deponi enim apud Notarium, vel apud alium extrinsecè se habet, & per accidens, & relationem, in qua vis est, non mutat, nec destruit. Tradi, vel deponi apud Notarium ipsum, fit regulariter maioris, vel fidelioris custodiæ gratia: Et remanere introclusam in papyro, ubi actus liberationis scribitur ad faciliorem identitatis probationem tendit; non tamen, quia hæc sint essentialia, nec de foro formaliter necessaria, ut hæ scripturæ effectum suum sortiantur.

186. *Si etiam ad hæc instent, dicentes: hæ duæ scripturæ taliter testamentum componunt, & affirmant, quod qualibet deficiente, verum sit dicere defficere testamentum. Igitur simul junctæ unum testamentum, & matricem faciunt subscriptionum foralium capacem. Ex superius dictis; si exacte perpendantur, instantia hæc ellissa maneret: maioris verò claritatis gratia respondetur: Quod aliud est testamentum, aliud scriptura testamenti; differunt enim tanquam continens, & contentum. Testamentum est voluntatis justa sententia de eo, quod quis post mortem fieri vult. Scriptura verò testamenti est probatio illius ultimæ voluntatis; & sicut sunt res diversæ, vel diversæ entitates, diversos habent effectus: Finis, & effectus voluntatis ultimæ est transferre, vel defferre hæreditatem, & bona hæredibus, legatarijs, &c. Effectus verò scripturæ testamenti est probare sic, prout in eadem legitur, testatorem voluisse. Voluntas semper est unica; illius verò probationes, vel scripturæ, sicut unica, plures etiam esse possunt: prout videmus in scriptura testamenti, & pluribus codicillis, quæ sunt plures scripturæ unicam supremam voluntatem probantes. Effectus voluntatis, quamvis probatæ, impediri potest, præteritione, repudiatione, caduccitate, bonorum amissione, alienatione, &c. Non tamen propter hæc*

effectus scripturæ impeditur; semper enim probat sic testatorem voluisse: prout etiam passim videmus in testamenti scriptura anteriori, per posteriorem derogata; tunc effectus voluntatis, non scripturæ impeditur: quia semper probat, illo tunc eam fuisse testatoris voluntatem ultimam, non itaque sequitur: Unicum est testamentum: ergo, & scriptura illius unica; cum plures possint, & valeant ad id concurrere, prout frequentissime concurrunt.

186. *Ex quibus satis constat, scripturam illam introclusam non esse testamentum; quamvis Comes sic illam nominaverit. Sumimus frequenter continens pro contento, & è contra. Venditionem appellamus, instrumentum, in quò venditio continetur; non tamen est venditio, sed probatio venditionis: & sic nostrum affirmare, vel negare nihil ponit in esse. In verbis fori nostri hoc practicatum videmus, qui non dixit absolutè, testamentum, codicillum, &c. sed carthas publicas testamenti, codicillij, &c. nostram, & verissimam distinctionem approbando. Voluit testator noster per relationem secretè testare, & ob id, duas diversas scripturas conficere; una sinè alia ad effectum ultimæ voluntatis obtinendum non prossunt: prossunt tamen ad probationem; & hæc externa, quæ fuit testificata; tanquam publica, per se ipsam sine alio adminiculo ostendit factum in eadem narratum; interna verò cum adminiculo externæ, & identitatis verificatione tanquàm probata; quia tamen hæc externa fuit insolemnis, tota probatio ultimæ voluntatis corruit: & sic internam veram dicimus, non tanquam ab hac externa adminiculatam, sed tanquam ab ea omnino independentem, & solum quia à Comite subscriptam. Ex quibus omnibus, certum, & constans censemus, scripturam hanc liberationis, quam Notarius coram testibus recepit, & publicavit, sivè ejus matricem subscribi debuisse à Comite, quod cum non fuerit, nullitas ejusdem expressa, & manifesta resultat.*

187. *Concesso adhuc, quòd unica fieret matrix, vt cupiunt, semper apparet nullitas: quia in præsentia Notarij non fuit subscripta, & ille fatetur, & asseverat ullo tempore vidisse Comitem illam subscripsisse. Et ex facti contingentia, adhuc per conventos enarrata in petitionibus, verum dixisse convincitur. Coram, in præsentia, & Notario vidente subscriptiones debent fieri: & quamvis forum id dicere mordicus negent conventi; in eodem tamen expressè legi, & sivè ex ejusdem lectura necessariò resultare certo certius dicimus: Non enim solum est de littera id, quòd in eadem cernitur, sed omne illud, quod ex eo quod legitur, & cernitur necessariò resultat, etiam ubi cartha stare debemus: & eo ipso, quod illi stamus, si forus hic, vel alius diceret, quod nemo posset testari nisi in publico instrumento; & dubitaretur an deberent intervenire Notarius, & testes, quia in eadem non leguntur, nec nominantur; nonne futile esset, & ridiculum? Certè sic: quia cum instrumentum publicum fieri non posit sine Notario, & testibus, lex requirens instrumentum, quamvis de illis non loquatur, illorum interventionem supponit in antecedens necessarium. Hoc ipsum in nostro foro verificatur ex pluribus.*

188. *Primò: quia voluit adhiberi subscriptiones in matrice tempore testificationis, & sic præssentiam Notarij, qui debet testificare, & matricem formare, quæ subscribatur: Tempus testificationis, & subscriptionum est idem: Igitur requirit in illis Notarij testificantis præsentiam; quia præsens, & absens eodem loco, & tempore repugnant.*

189. *Nec obstat, forum quoad tempus subscribendi non fuisse receptum; immò in dies coguntur subscribere partes, & testes post multos annos, adhuc jam Notario rogato mortuo. Quia ex forali dispositione duo diversa resultant: quòd fiant subscriptiones tempore rogitus, & quòd coram Notario. Vndequidquid sit de prima parte (quæ non leves*

pati-

patitur exceptiones à duobus ex Dominis, coram judice à quò, scitè, & eruditè consideratas) semper remanet secunda; & licèt contra eam conati fuerint probare inobservantiam, ex consuetudine mittendi protocolos ad domos partium, vel testium subscribendos; ultra quod non constat fuisse approbatam, nec in judicio obtentam, talis est, quòd aures offendat; & potius, quàm consuetudo justa, corruptella iniquissima dicenda veniat. Nec etiam obstat, quod ex compulsione ad scribendum defuncto jam rogato sequitur præsentiam illius pro forma non requiri; quia illo tunc Comissarius, vel judex in illius locum subrogantur, & defuncti præsentiam supplent: effectui enim, quod una subscriptio pro alia non subrogetur per hanc præsentiam, exactissimè occurritur.

190. Secundò: quia aptitudo personalis ad subscribendum, vel non, relinquitur per forum nostrum, judicio, vel arbitrio Notarij. Hoc arbitrium, sivè judicium interponi non potest, nisi tempore subscriptionis adhibendæ, nec pro illo tunc absente. Supponit igitur lex necessariò præsentiam Notarij pro subscriptionibus exarandis.

191. Tertiò: quia lex punit tanquam falsos, Notarios absque his subscriptionibus testificantes: voluit itaque, quod possent hanc pœnam evitare, habita per eos certitudine physica, reali, & infallibili de adhibitis subscriptionibus manibus proprijs exaratis; alias lex iniqua esset, & injusta: hanc securitatem sine præsentia, & visu acquirere non possunt. Vissum igitur, & Notarij præssentiam, tempore adhibendarum subscriptionum, supponit necessariò forus. Si adhuc dicatur; Coram fieri, quòd percipitur, & intelligitur, licèt non fiat in præsentia: Hoc posset procedere per fictionem ad aliquos effectus juris & sic per interpretationem: Non verò juxta litteræ tenorem ad cujus observantiam vi ipsius legis adstringimur.

Qui-

192. *Quartò denique: quia ſubſcriptiones in matrice ſunt de ſolemnitate ſubſtantiali; & per inſtrumentum in publicam formam levatum de adhibita hac ſolemnitate conſtare debet; & de illa, ſicut de alijs rogatus ateſtare, & ſi in levato hæc atteſtatio omitatur, in dies levatum à judicio repellitur. Hunc facere non poteſt Notarius niſi ſubſcriptiones vidiſſet exarare. Viſſum itaque, & præſentiam illius requirit forus in ipſo actu ſubſcribendi.*

193. *Nec contra facit poſſe Notarium atteſtare non ſolum de eo quod videt, ſed de eo quod audit: quia hoc verum, quando objecta ſenſui proporcionantur: actiones ſubſcribendi, & ſubſcriptiones, tamquam objectum viſſus, per dictum percipi non poſſunt: Non poteſt atteſtare, niſi de eo, quod coram eo fuit factum: ſubſcriptio Comitis non fuit coram facta: Certum inde eſt, atteſtare de eadem neutiquam poſſe. Nec ittidem aliquid officit, quod Commiſſarij ateſtantur de adhibitis ſubſcriptionibus, & ſcribæ mandati de ſubſcriptionibus Iudicum, quas exarare non viderunt. Quia Commiſſarij non dicunt, nec dicere poſſunt ſe actus confectioni, & ſubſcriptioni interfuiſſe, prout rogati faciunt, & tenentur; nec ittidem Scribæ mandati; Quia ſolùm enuntiant, vel mentionem faciunt, prout Forus vult, de ſubſcriptione Iudicis: & inter enuntiare, vel mentionem facere, & de viſſu atteſtare, longiſsima eſt differentia, prout per ſe patet.*

194. *Nec denique quidquam nocet, tempore levandi inſtrumentum in publicam formam (quod non fit niſi poſt apertionem, & publicationem ſcripturæ introcluſæ) jàm rogatum ſubſcriptionem vidiſſe, & de eadem in levato atteſtare de viſſu potuiſſe. Quia non eſt certum, ad levandum inſtrumentum liberationis requiri neceſſariò apertionem, & publicationem ſcripturæ introcluſæ: Immò tanquam ab eadem omninò independens, ad id poteſt Notarius compelli, ſi alicui interſit, dùm non fuerit à teſtatore plica recuperata.*

Ad-

Adhuc tamen concesso, quod anteà levari non posset semper foret verum, Notarium, ex supradictis, attestare non posse de subscriptione coram eo non exarata: Nec eam postea vidisse sufficit: Quia aut characterum formam habebat nota, aut non? Si hoc ultimum, extra dubium sumus. Si primum est scientia falibilis, cum frequentissimè characteres imittentur, & similitudine innumeros decipiant.

195. *Quintò; quia secundum forum locus subscriptionum testatoris, & testium est idem; sed testes subscribi non possunt in scriptura introclusa, quæ tempore testificationis, vel rogitus jam clausa traditur, sed in aperta, quæ palàm, & Notario præsente fit, & subscribitur, ex dictis: Idem itaque in testatore voluit. Nec quidquam facit posse aliquando ante clausuram in præsentia Notarij subscriptiones fieri: Quia raro, aut nunquam secundùm naturam testamentorum in scriptis hæc fieri possunt: & ad ea, quæ frequentius, & secundum naturam accidunt, non ad raro, & fieri insolitum leges adaptantur, & earum verba dirigũtur.*

196. *Sextò; quia forus loquitur per verba* Subscribir, & Sota escribir, *quæ idem important litteraliter, ac* subtùs scribere. *Subscriptio est relativa ad superiùs, non inferiùs scripta, & effectus illius idem, ac si superior, illa scriptura integrè fuisset à subscribente propria manu subscripta, & approbata. Quomodò igitur lex dicere posset, nec velle, quòd testes subscriberent, & approbarent scripturam illam secretam, eisdem & incognitam, cum nil dari posit cognitum, quin præcognitum? Deinde scriptura illa secreta antecedit publicam, sicut res tradita præire debet traditioni illius. Si itaque subscriptio refertur ad scripturam jam factam; eaque fit in scriptura introclusa, extendi non potest ad scripturam liberationis faciendam: Vt itaque matrix (quamvis ex duabus scripturis unica fieret) dicatur subscripta juxta Forum, hoc fieri debet in ea parte, quæ secundum ordinem temporis,*

 loci,

loci, & naturæ ultimo fit, & scribitur; Hæc *est scriptura liberationis: in fine ergo illius subscriptiones collocari debent, aliàs subscriptiones extenderentur, & relationem facerent non solum ad superiora, sed etiam ad inferiora contra propriam ipsarum naturam, & gravissimum, & intolerabile subscribentium damnum, & detrimentum* : Hæc *ultima scriptura fieri non potest, nec testificari, sine* Notarij *præsentia; ea itaque requiritur pro subscriptionbus, quæ sunt partes essentiales ejusdem.*

197. *Quibus omnibus pro præsentia, & vissu Notarij perpensis, non obest inconveniens consideratum, quod esset in arbitrio* Notariorum *quascumque ultimas voluntates, & contractus evertere, asserendo solùm, non vidisse subscriptiones exarari.* Hanc *enim instantiam strepituosam, & futilem, potius quam fundatam dicimus. Aut enim subscriptiones inveniuntur in matrice testificata de sua natura habili, & capaci ad videndum eas per* Tabelliones *exarari, aut incapaci? In primò casu non stabitur dicto Tabellionis, quia matrix illa habet pro se præssumptionem solemnitatis, quæ per solum dictum* Notarij *vinci non potest. In incapaci verò, vel regulariter non apta, talis visus (quia non fuit à Tabellione testificata, sed etiam jam clausa liberata) factum ipsum veritatem demonstrat, & dictum* Notarij *qualificat; quod in nostro casu contigit: Quia cùm* Tabellio *mandato Comitis fuit per famulos vocatus, quatenùs ad eum accederet, & cubiculum intravit, jam plica illa, intra quam subscriptio Comitis legitur, clausa erat, & sigillata, & ut conventi asserunt, paulò ante ingressum* Notarij *coram solo Doctore Ioanne Plano facta subscriptio: Clausura extitit intacta, & illæsa, prout ipsi affirmant, etiam post obitum Comitis: Igitur quamvis* Notarius *taceret, imò etiam, si eam vidisse exarari asseveraret, nil ad rem faceret: Ex facti tamen contingentia verùm dixisse certùm est.*

Nun-

Nunquam itaque ex ſola Notarij aſſertione vis ſubſcriptionum, & inſtrumentorum pendet, & à nobis ponderata firma remanent, & ſecura.

198. *Quatenùs tamen hæc neceſsitas ſubſcribendi coram, & vidente Notario, non ita expreſsè ex littera Fori reſultaret; tunc, tanquam quid à Foro omiſſum, in æquitate, & ratione ſcripta quærenda deciſio Foret. Certum eſt in jure, inſtrumenta publica, partium ſubſcriptiones requirentia, coram, & vidente Tabellione ſcribi debere, aliàs verificari non poſſet ſolemnitas illa inſtrumentaliter, ſed per teſtes, quod jus idem non permittit, imò prohibet: hæc prohibitio ex noſtra obſervantia non ſolùm approbatur, ſed augetur, ut ſupra diximus: Foralis itaque, rationabilis, & juridica hæc noſtra deciſio manet.*

199. *Pro ſuperiorum omnium corroboratione, ſequentia non omittenda duximus: mentem, & cauſam finalem legis perpendere, & linceis oculis proſpicere, pro illius perfecta obſervantia noſtri muneris eſſe. Certum eſt, tota Fori ſtructura, & forma tradita ad vitandas falſitates omnino tendit, hic vnicus illius effectus, & finis: Si contraria huic noſtræ intelligentia amplectatur, non ſolùm vitarentur falſitates, ſed amplior, & facilior via apperiretur eiſdem, & fraudibus lex omninò averteretur, & illuſſoria fieret. Patet hæc veritas ſequentibus conſideratis.*

200. *Si ſubſcriptio teſtatoria introcluſa ſufficeret, eo defuncto mutari poſſet actus liberationis identitatis interioris ſcripturæ demonſtrativi, variari teſtes; illorum ſubſcriptiones; kalendarium, & plura alia, quæ inde ſequuntur ad libitum Notarij, ſine aliqua difficultate: Subſcriptio verò teſtatoris in actu liberationis hæc omnia prohibet; prout in noſtro caſu ſatis experimur: ſi enim Comes actum liberationis ſubſcripſiſſet, prætenſa illa refactio, vel inſtauratio illius non fuiſſet facta, & tota hæc lis prolixa ſileret.*

Si

Si etiam subscriptiones testatoris, & testium introclusæ valerent, prout fatentur conventi, aut fateri necessariò compelluntur, quæcumquè vellent Tabelliones facerent; & quid non facere possent? Non solùm, quæ in præcedenti casu dicta sunt; sed adhùc scripturam nondùm à testatore liberatam, vel posteà recuperatam fingendo actum liberationis facillimè ad sui libitum: quandò lex de solis Notario, & testibus non confidit, soli ipsi sine testibus illum probantem redderet? Si denique subscriptiones in principio, vel in medio scripturæ, & non in finè dicantur rectè collocatæ; subtus illas scribendo possent pro libito voluntatem ultimam, vel cujuscumque contractus tenorem mutare, corrigere, ampliare, limitare, eidem addere, & in totum destruere, eidem alia etiam plura, quæ, quia sufficiunt, consultò omittimus, facillimè fieri possent. Ad quid ergo Forus? Lex ad quid? Si falsitates non vitantur, sed faventur. Respuatur itaque intelligentia contraria. Nostra amplectatur, quam usus obtinuit inveteratus, & à Foro condito observatus; prout exactissimè, & abundè ex Processu constat.

201. *Quin obstent quædam testamenta scripta, quæ fuerunt, sine subscriptione testatoris in actu liberationis inventa, quæ quatuordecim, aut quindecim non excedunt: quia illorum ceda, vel novera adhùc clausa remanet, & sic effectum habere non potuerunt; de alijs dubitatur: & quia contra plusquam mille & sexcenta pro hac observantia recognita, & vissa, numerus ille attendendus non venit; ac denique quia frequentissime invenitur matrices testamentorum, vel aliorum contractuum susbcriptiones requirentium, ex negligentia, omissione, vel Tabellionum imperitia nullibi subscriptæ: non tamen inde sequitur subscribi non debuisse.*

202. *Si etiam ad favorem voluntatum ultimarum confugiant, is in observantia Fori omninò consistit: priùs*

est

est enim veras esse, & à falsitatibus immunes, quam eas favoribus prosequi; pro quo favore non hæc, vel illa voluntas, quamvis opulentissima, attendi debet, sed omnes in communi, in quo universalis favor, & securitas Regnicolarum testantium consistit: & hoc fuit Legislatoris objectum unicum. Quid esset, voluntatem hanc ultimam dubitabilem, & adhùc veram defendere, & istius declarationis occasione innumeras in posterum per falsitates destruere? Non esse certissimè servare legem, sed offendere; non ultimas voluntates fabere, sed trucidare.

203. *Adversus hæc omnia non obstat, sententias arbitrales liberari Notarijs, jam per arbitros subscriptas, quas testificantur, quin eas viderint subscribere, nec nobiter in fine actus liberationis subscribere faciant. Quia inter illas sententias, & testamenta scripta longissima est distantia, & diversitas; ad illarum valorem non requiritur publicum instrumentum; in illis videre potest Notarius subscriptiones exarari, & dùm de contrariò non constet, vidisse præsumitur. In illis arbitri subscribunt dicentes: Ita pronuntio, & hæc subscriptio actui liberationis non accomodatur: Illæ non ita subjacent periculo falsitatis, sicut testamenta scripta; nec potest Notarius post subscriptiones quidquam addere eisdem, vel detrahere nocivum. Ac denique quia unico, & eodem tempore de tenore sententiæ, & ejus liberatione fit unicum instrumentum publicum coram Notario, & testibus receptum, quod defficit in testamentis scriptis. Quid mirum igitur, tot diversitatis rationibus concurrentibus, quod diverse in aliquo fuerit in illis sententijs Forus practicatus? Erit ne practica illa ad testamenta scripta extendenda? Neutiquam, ob diversitatis rationes, & impossibilitatem exequutionis.*

204. *Nec contra ultimam hujus diversitatis rationem quidquam facit ponderare, quod Regni Tribunalia sem-*

per

per intellexerũt,& pro constanti asseveraverunt in his scripturis testamentorum in scriptis, post Tabellionis testificationem, ex duabus illis scripturis fieri instrumentum, & unica matrix: & quidquid Domini in varias sententias iverint respectu loci, & temporis subscriptionum: de hoc tamen nullus dubitavit. Quia, ultra, quod pro vera decisione non quid dixerint; sed quibus rationibus, & authoritatibus fundaverint, inspici debet, quas omninò reticuerunt, nullam in motivis rationem, neque in scriptis authoritatem exprimendo: Propositio illa debet intelligi sano modo, quod fiat una matrix ad effectum ultimæ voluntatis consequendum; non verò ad effectum instrumentalis probationis ejusdem (prout suprà latè diximus, & distinximus) aliàs Artis principia, & DD. traditiones pœnitus everterentur.

205. *Adhùc restat scrupulus; quia sufficit subscriptiones fieri in matrice nondum facta, sed fieri apta prout passim videmus subscriptiones fieri in alba papyro non dum scripta, quæ ideò non matrix facta, sed fieri apta rectè dicitur. Unde quamvis scriptura introclusa ante ejus publicationem matrix publici instrumenti dici non possit, apta est tamen ut matrix fiat, prout vere fit, quando aperitur, & coram Notario, & testibus illius tenor publicatur. Sed verè iste scrupulus est levissimus: Quia subscriptiones in papyris albis merè voluntariè, & nulla lege cogente ponuntur, & quod testator, vel testes de Notario confidant, quando lex non confidit, ad legem, nec ejus observantiam pertinet; & sat est, ut observetur, & falsitates evitentur, quod ad scribendum in albo partes, vel testes compelli non possint, prout, nec utique possunt: & quamvis frequentissimè (facultativè tamen id) fiat, stylus contra Forum resultare non potest, nostroque casui minùs applicari, in quo non matrix regulanda, seu scribenda jam testificata; sed jam regulata, & scripta, non verò testificata fuit subscripta, nihil faciencien-*

ciendum circa tenorem Notario, nec ejus confidentiæ relinquendo; casus est omninò contrariùs, & sic paritas cessat, & scrupulus.

206. *Defficientibus jam, pro intelligentia contraria, mente, littera, ratione, & Fori observantia, ad exemplaria recurrunt: & quamvis Foro, & lege, & ratione judicari debere, non exemplis, in proverbio sit; tamen, vel exemplaria non esse, vel casus, & circunstantias diversas fuisse, & dissimiles, per illorum enarrationem patefiat.*

207. *Primum illud (quod mirum in modum extollunt testamentum) est quondam D. Ferdinandi Ximenez de Vrrea Comitis de Aranda, in quo hæc eadem quæstio fuit ventillata. Cum eadem (ut volunt) casus, & circunstantiarum similitudine: & quamvis in Regia Audientia per omnes, & in Curia Domini Iustitiæ Aragonum cum discordia fuerit in favorem testamenti pronuntiatum nec exemplar est, nec adaptatur. Quia in Regia Audientia fuit facta fides de scriptura testamenti in publica forma edacta: & quamvis fuit contra illam opposita exceptio de deffectu subscriptionis in actu liberationis; nec fuit matrix compulsata, nec exhibita, nec per instrumentum levatum constabat per necessè de exceptione deffectus subscriptionis opposita. Ideò motivum dixit:* Instrumentum illud habere pro se præssumptionem veritatis, & solemnitatis; *nullo alio substantiali addito, quæstione nostra omninò ommissa; ad eam enim decidendam motivum illud insufficiens erat. Et idem fuit, ac si diceret: Cum non constet de exceptione apposita, stamus in casu præssumptionis, quæ sufficit, ut solemnitas foralis præsumatur servata. Obidque postea in Curia Domini Iustitiæ in electione juris firmæ fuit matrix per compulsam ducta, & in Processu exhibita, & verificata exceptione quæstio nostra fuit formiter discusa, & suffragiis æqualibus datis, solà Relatoris qualitas dedit instrumento solemnitatem. Vndè*

authò-

authoritas judicantium pro utraque parte æqualis remanet: Qualitas illa Relatoris casualis fuit, quæ tutiorem duorum opinionem super quæstione, non facti, sed juris, facere non potuit; & ob id pro quæstionis decisione exemplar dici non potest.

208. *Dissimilitudo etiam illius casus jam ex dictis patet, & etiam deprehenditur ex motivis, tunc propositis: ibi*: Nec defectus temporis venit attendendus: Nam cum Testamentum, & testificata sint facta eadem die, & talis firma partis potuerit fieri incontinenti, & non appareat tandem, qua hora, & tempore fuerit scripta, &c. *Totum contrarium est in casu nostro; quia kalendaria discordant: contrarium itaque fuisset decisum: Ibi etiam de vera matrice originali dubitatum non fuit, prout hic; & cum quælibet facti mutatio exemplaria inficiat, præsens casus nostro applicari neutiquam potest.*

209. *Exemplar testamenti Petri Garcès fuit in hunc modum. Apprehensis illius bonis ab intestato, & facta fide de illius testamento, ut apprehensio tolleretur secundum Forum opposita exceptione insolemnitatis; ea non obstante fuit conservata apprehensio in Regia Audientia & pro insolemnitate tunc judicatum. Datis posteà propositionibus, qui ab intestato petebat, bello, vel Epidemia impeditus probare non potuit, nec publicare; & quamvis, allegato impedimento, reintegrationem temporis suplicavit, fuit denegata, & sic à Processu exclusus per solum consensum facti valitoris ejus, qui in testamento agebat, fuit pro eo pronuntiatum ex legis necesitate, & ideò, quæstio nostra, non solum decissa non fuit, sed nec disputari inter Consiliarios potuit. Vnde si hoc est exemplar, potiùs pro hac parte stat, quam pro contraria.*

210. *Quæstio testamenti Canonici Sebastiani, compromisso, sive transactione fuit sopita, & declaratio ignoratur. Vbi exemplar?*

Tes-

211. *Testamentum Don Albari de Mendoza fuit nuncupativè concessum, & post jam scriptum, lectum, & publicatum, ad subscribendum se præparando repente obijt; & propter inopinatum impedimentum, pro testatore subscripserunt testes. Quid mirum, quod solemne fuerit declaratum, ad unguem observata forma fori? Et quamvis servata non esset, quid ad quæstionem nostram?*

212. *In testamento Michaelis de Vlleta, etiam nuncupativè facto, scripto, & publicato, testator repentini furoris causa subscribere renuit, & cognito per Notarium impedimento, pro testatore subscripserunt testes. & quamvis cum discordia, pro validitate fuit decisum. Quid tamen cum nostro casu? Certè nihil. Hæc exemplaria, quæ contra superius dicta movere nullatenùs possunt; nec itidem nullitatem declaratam vincere, unde certa remanet, & secura ::: Cum itaque Iudex à quo, sine aliqua distinctione, sed sub involucro has scripturas veras, & solemnes declaravit: Ideò gravasse, & illius sententiam, in formam jam dictam, reformandam venire censemus; & aliàs attentis, contentis, &c.*

213. Pero, aun supuesto que dicho Testamento fuera solemne, y notoriamente nula la Sentencia que lo invalidò; y que huviera capacidad en este Pleyto para tratar de questiones de tan alto examen; y conocer en Juizio diverso de la legitimidad de la Sentencia, antes de anularse en él Processo donde se pronunciò: tampoco podria sufragarle al Marquès de Aryza todo lo referido, por no aver tenido facultad para disponer de los bienes sequestrados el Conde Don Antonio, aunque supongamos extinctos los Vinculos antiguos; pues aviendo vinculado los mismos bienes, y los demàs que agregò à dicho Mayorazgo el Conde Don Miguel, aprobò dicha disposicion el Conde Don Antonio, como resulta de las Escrituras, y documen-

tos

tos que se mencionan en el replicato de esta Parte, desde el art. 16. de el Memorial ajustado, *ex Pag.* 565. hasta la 572. y se explican desde la *Pag.* 404. hasta la 422. singularmente aviendo entrado à posseer los bienes unidos, y agregados al Mayorazgo, y aviendo dispuesto el Vinculante en la clausula 22. que *solo con llegar à succeder, se entienda expressamente aver aprobado, aceptado, ratificado, y emologado solemnemente la presente Ordinacion, y disposicion*; pues consintiendo el Heredero, no es disputable que subsiste el gravamen impuesto por el Vinculante, assi en los bienes del Heredero, como en los suyos, ex Fussar. *de substit. quæst.* 648. *num.* 10. Peregrin. *de fideicom. art.* 43. *num.* 40. D. Castillo *lib.* 2. *controv. cap.* 18. *num.* 18. Y assi, aun en caso que por ultimo agnado huviera tenido facultad de disponer de los bienes sequestrados, se avria privado de ella con los consentimientos, y aprobaciones que hizo del Vinculo de la Union, segun resulta de las probanças que se hallan presentadas en este Pleyto.

214. Demàs, qua bastaba el aver pidido subrogacion en las instancias del Processo de Doña Juana de Toledo el Conde Don Antonio para que se entendiera renunciada dicha facultad; pues siendo cierto, que las instancias no tienen otra calidad, que la que reciben de las Escrituras con que se forma el juyzio, segun la doctrina magistral de Juan Fabro *in* §. *sin autem num.* 4. *Instituta de action*; y aviendo pidido subrogacion en la Sentencia que ganò en dicho Processo el Conde Don Juan (*num.* 38.) en fuerça de la Capitulacion Matrimonial de Doña Juana de Toledo, y Vinculos de la Union, quedaron aprobados con este fecho los referidos Vinculos por el Conde Don Antonio; pues seria contradiccion manifiesta tomar para sì las instancias, y efectos de la Sentencia del Processo, impugnando al mismo tiempo los meritos con que se ganò,

nò, por ser correlativos inseparablemente conexos, la Sentencia que se pronuncia, y los meritos, y documentos en que funda la decision, ex Giurb. *decis.* 85.*num.* 10. Graciano *discept.* 924.*num.* 2. Y por esso dixo Bardaxì, que el que intenta valerse de una instancia, la ha de tomar con las calidades que ella tubiere quando se formò, dizelo en el *Fuero* 1. *de ordin. cognition.num.*3. ibi: *Sed an successor illius qui semèl propossuit dictam exceptionem, posit eandem iterum proponere? Dic quod non, nisi eisdem modis, & formis quibus poterat is cui successit, & hoc ea ratione, quia instantia transit in successorem cum eisdem qualitatibus.*

215. Combence mas esto mismo, el no poderse transferir la instancia no concurriendo en el que intenta subrogarse en ella la misma calidad de la persona que introduxo la lite, y la misma causa con que se formò la instancia, como prueba el señor Larrea *decis.* 35. *num.* 7. *in fin.* ibi: *Quia nisi detur continuatio personæ, & causæ, non debet instantia continuari*; pues aunque sean diversas las personas del Litigante, y el subrogado en su lugar, se reputan por una sola, mediante la restauracion, y continuacion de la instancia, *per insuflationem spiritus*, como dixo Acursio *in leg. Ab hostibus*, §. *sed quod simpliciter*, *in verbo*, *restitutionis*, *ff.ex quib.caus.maior.* Luego no pudo el Conde Don Antonio obtener dicha subrogacion en las instancias del Conde Don Juan sin valerse del titulo con que este litigò, y ganò Sentencia, que fue el Vinculo de la Union; y assi como geminadamente aprobado por el Conde Don Antonio, aun quando huviera tenido facultad de disponer de los bienes sequestrados, como ultimo agnado, se avria privado de ella con las referidas aprobaciones: Con que por qualquiera titulo que se discurra hazer successor de este Mayorazgo al Conde Don Antonio, queda desvanecida la libre disposicion de los bienes

que

que le intenta atribuyr el Marquès de Aryza para confirmar ſu incluſion.

216. Reſumiendo, pues, la incluſion del Marquès de Aryza (ſegun el precepto de Tertuliano *fol. mihi* 477. *lit. B.* ibi: *Quando opuſculum profligatur, breviter jam retractanda ſunt quæ rurſus occurrunt, quædam verò tramitenda quæ ſepius occurrerunt*, padece las excepciones ſiguientes.

217. La primera: El no aver tenido facultad Don Pedro de Vrrea (*num.* 6.) para diſponer de los bienes antecedentemente donados à ſu hijo Don Lope (*num.* 11.) por hallarſe la reſerva limitada al caſo de morir el Donatario ſin hijos, y no averſe verificado dicha condicion, como prueban Graciano *diſceſpt.* 381. *num.* 22. Suelv. *lib.* 3. *conſ.* 13. *num.* 28.

218. La ſegunda: La que reſulta de las inſolemnidades que padece dicho Teſtamento, ſegun los Autores que dexamos citados, quibus addendus eſt D. Caſtillo *lib.* 2. *controv. cap.* 16. *num.* 52. & *ſeqq.* que puede ſervir de copioſa alegacion en apoyo de las excepciones opueſtas, y no ſe tranſcribe por evitar proligidad.

219. La tercera: El faltarle la calidad de Agnado, que es la que unicamente apeteciò el Teſtador.

220. La quarta: Que en caſo de entenderſe comprehenſiva de perpetuidad dicha diſpoſicion, ſe deben arreglar los llamamientos por la providencia legal, ſegun las vocaciones de Mayorazgo regular, en cuyos terminos debe preferir al Marquès de Aryza la Condeſa de Peralada, por hallarſe deſcendiente del hijo Primogenito del Teſtador que fue llamado en primero lugar, en cuya linea ſe halla radicada la ſuccesſion.

221. La quinta: El no poderſe conſiderar Moyorazgo de ſencilla maſculinidad en los deſcendientes de Don Xime-

Ximeno, hermano del Teſtádor, aviendo apetecido la agnacion en los deſcendientes de ſus hijos, D. Caſtillo *lib. 5. controv. cap. 133. num. 9. cum ſeqq.* Altograd. *controv. 68. num. 3.*

222. La ſexta: El no aver podido diſponer de dichos bienes, como ultimo Agnado el Conde Don Antonio, aſsi por hallarſe perpetuados à favor de la Familia en la Donacion hecha por Don Pedro à favor de ſu hijo Don Lope, como por el Vinculo del Conde Don Miguel (*num.* 18.) el qual quedò aprobado, y ratificadò por el Conde Don Antonio, con los fechos que ſe han referido.

223. La ſeptima: Porque eſtando en ſu fuerça la Sentencia de invalidacion de dicho Teſtamento, no ay capacidad en eſte Juyzio para tratar de las nulidades opueſtas por el Marquès de Aryza contra dicha Sentencia.

224. La octava: Porque aun en caſo que ſe anulara dicha Sentencia, no podria obtener el Marquès de Aryza en virtud de dicho Teſtamento; pues ſiempre quedaria ſuſpendida ſu execucion con las excepciones opueſtas en calificacion de ſu inſolemnidad.

225. Para dàr evaſion à eſte reparo, ſe intenta perſuadir por el Marquès de Aryza, que quedò legitimo Heredero, y ſubſiſte dicho Teſtamento con la Sentencia de la Corte del Juſticia de Aragon, la qual paſsò en coſa juzgada, ſin embargo de averſe interpueſto recurſo à la Real Audiencia Antigua de eſte Reyno, por no aver hecho la repreſentacion el querellante coram Aſſeſſore, que lo era Don Joſeph de Leyza.

226. Eſta inſtancia tiene facil, y evidente ſatisfaccion teniendo preſente, que Don Joſeph de Leyza eſtaba yà recuſado en la Corte, con declaracion de que no podia concurrir en el examen, y deciſion de la cauſa pendiente

ſobre la ilegitimidad del Teſtamento; y aſsi no podia ſer reſtituydo al conocimiento de ella. Anton. Faber *in Cod. lib.3.tit.4.ne quis in cauſa ſua, definit.* 2. ibi: *Nam ei qui jam à judicandi offitio tanquam ſuſpectus remotus eſt, nullus amplius, ad dicendam in ea lite ſententiam, locus ſuper eſſe poteſt.* Y aunque la apelacion ſea diſtinto articulo, ſiendo ſoſpechoſo en la cauſa, lo ha de ſer en los articulos concernientes à ella; *prout in notis num.*2. ibi: *Iudex ſive Ordinarius, ſive delegatus, qui ex juſta cauſa Remotus eſt, nullam amplius in ea cauſa juriſdictionem habet, nec eſt cur, vel in minimo illius litis articulo, immiſcere ſe debeat, odio recuſantis.*

227. Y de comparecer ante el recuſado, ſe ſeguiria no poderle deſpues recuſar por no ſer nueva la cauſa de la ſoſpecha. Maranta *part.6.de appellat. act.* 2. *num.* 76. ibi: *Item Iudex impetratus per aliquem, non poteſt per eundem recuſari, niſi nova cauſa ſuperveniat, ut eſt gloſa & ibi Abbas in dict.cap.inſinuante de offic. delegat.* Y lo que ante èl ſe actuaſſe, ſeria nulo. Idem Maranta *part.* 4. *diſt.* 16. *num.*4. ibi: *Secundo dicitur juditium nullum, quando Iudex recuſatus ut ſuſpectus procedit ad ulteriora poſt propoſitam ſuſpitionem, nam totus Proceſſus, quem poſteà facit, eſt ipſo jure nullus, ita tenet Barthol.*

228. Todo lo qual procede del principio cierto de aver de proponer las ſoſpechas para la recuſacion ante litem conteſtatam; de ſuerte, que para ſer oìdo deſpues de conteſtada, es preciſſo, que evidentemente conſte al Juez ſer nueva la cauſa. Maranta *part.6. de appellat. act.* 2.*num.*74.ibi: *Vltimo pro complemento hujus materiæ adde, quod in quantum dixi ſupra in principio hujus recuſationis, quod hæc exceptio debet opponi ante litem conteſtatam: limita, niſi de novo ſuperveniret.... Si notorie, & evidenter conſtat Iudici, quod de novo ſupervenerit, alias non admittitur.*

Ni

229. Ni huviera ſido conſejo ſano averſe repreſentado ante el Aſſeſſor Leyza con proteſta, y reſerva de recuſarle deſpues, como ſe dize en contrario, *Memorial pag.* 450. para que con la repreſentacion huviera cauſa introducida, ſobre que pudiera recaer la ſoſpecha, y recuſacion; porque ſe reſponde. Lo primero: Que como llebamos dicho, las ſoſpechas, y cauſas de recuſacion no eran nuevas, y ſe debian oponer ante litem conteſtatam. Lo ſegundo: Que no carecia de dificultad la reſerva, y proteſta, ſiendo contraria facto para poderſe oponer deſpues las ſoſpechas, Yranzo *de proteſt. conſid.* 20. *num.* 7. Lo tercero: Que la apelacion es de la miſma naturaleza de la cauſa de la primera inſtancia. Portol. *verbo appellatio num.* 130. y la apelacion: *Eſt provocatio ad maiorem Iudicem*, &c. Marant. *part.* 2. *art.* 2. *num.* 1. y empeçando la provocacion deſde el Juez à quo, yà deſde que ſe interpuſo avia materia, y ente ſobre q̃ recayeſſe la recuſacion.

230. Y finalmente por el *Fuero* 1. *de ſubrogat. Conſil. Reg. Aud.* eſtà prohibido ſer Juez el que ha ſido Abogado de la Cauſa, ò Juez en la primera inſtancia en caſo de apelacion; por lo que en otro caſo ſemejante de promocion de un Lugartheniente à la Plaça de Aſſeſſor de Governador, y preſidiendo en tiempo que ſe avia de tratar de una cauſa en que avia intervenido como Lugartheniente, ſe nombrò otro Aſſeſſor para la tal Cauſa; como lo refiere Molinos *verb. Iudex fol.* 189. *num.* 143. *col.* 1. y Bardaxì *for.* 5. *de Iudic. num.* 1. Luego eſtando prohibido el Aſſeſſor Leyza por Fuero, y Sentencia en eſta Cauſa, fue preciſſo nombrar otro Aſſeſſor para ella.

231. Tampoco puede ſer objeccion dezir, que en Aragon la recuſacion de Juezes, y nominacion de Extraordinarios, eſt de genere prohibitorum, y que no tiene lugar ſino en los caſos expreſſos por Fuero; infiriendo, que

no

no se pueden dàr sospechas antes de introducir la Causa, por no aver Fuero, que expressamente lo diga; porque se responde: Que ademàs de tener principio la Causa desde la interposicion de la apelacion ante el Juez à quo, se ha decidido en Aragon que tienen lugar todas las legitimas sospechas del Derecho, y que segun èl son arbitrarias en el Juez, quando no estàn decididas, como lo refiere Portol. *verb. Iudex à num.* 58. concluyendo en el *num.* 59. *Nam peritissimi Locumthenentes pro constanti habuerunt quod in hoc Regno, legitimæ suspitionis Causæ sublatæ non sunt, sed ipsæ sicut in terminis juris arbitrio Iudicis relinquuntur si à jure definitæ non reperiantur.* Adheret Sessè *decis.* 415. *num.* 14. Y asi en nuestro caso, quando no fuera precissa la nominacion de Assessor, como llebamos fundado, y faltara disposicion del Derecho, seria subsistente por averlo asi arbitrado los Juezes.

232. La segunda nulidad que se opone por el Marquès de Aryza contra dicha Sentencia, consiste en alegar; Que Sarrìa, y Alemàn, Juezes Extraordinarios de dicho Pleyto, quando intervinieron en el pronunciamiento *relationem ad primam, Advocatos ad secundam asignamus*; y en la declaracion *desertionem suplicatam locum non habere*, aunque avian jurado, no avian recibido Sentencia de Excomunion, y consiguientemente obraron como personas privadas, y sin jurisdiccion alguna, y fue nulo todo lo pronunciado por dichos Extraordinarios, como resulta del Memorial ajustado *ex pag.* 429. hasta la 432. y en la *pag.* 450.

233. Pero se responde, que dichas pronunciaciones por no ser de todo el Consejo, como lo señala de *fore desertam*, ex Sessè *de inhibit. cap.* 2. §. 3. *num.* 69. las pudo hazer el Regente à solas, sin que la intervencion de Sarrìa, y Alemàn invalidaran el pronunciamiento, aun en el caso que

que estos no tuvieràn jurisdiccion para aconsejar en dichos pronunciamientos; *quia utile per inutile non vitiatur*, y el defecto de solemnidad no invalida el acto quando este no necessita de ella para ser legitimo, ex Gomez *ad leg.* 50. *Tauri*, *num.*37.

234. Lo otro; porque al tiempo que pronunciaron la Sentencia difinitiva, que era quando debiàn concurrir, y votar todos los del Consejo, yà avian recibido Sentencia de Excomunion dichos Sarria, y Alemàn; y con dicho pronunciamiento quedò confirmado todo lo antecedentemente pronunciado; *quia Sententia probat non solum in ipsa expressum, sed etiam omne necessarium antecedens, & non solum facit rem judicatam in eo, quod determinat, sed in præsupposito determinationis*, *ut ait* D. Salgado *de Reg. Protect.part.*4.*cap.*9.*num.*21.*& seqq.*D. Valenzuela *Consil.* 134.*n.*43.*& cons.*169.*num.*57.D.Sessè *decis.*230.*num.*58 ibi: *Quia post latam difinitivam Sentiam, interlocutoria quæ aliàs revocabilis erat, cōtrariò imperio manet irrevocabilis.*

235. Lo otro; porque aviendo hecho el Marquès de Aryza repetidas aprobaciones de las personas de Sarria, y Alemàn en dicho Pleyto de Apelacion, como resulta de el Memorial ajustado, *pag.* 440. *& seqq.* sin interponer recurso de dichas pronunciaciones, resulta averlos aprobado, y privadose del derecho de impugnar dichas declaraciones; *quia Sententiæ dicitur assentiri, qui intra tempus constitutum, negligit appellare*, ex D. Valenzuela *Consil.* 53. *num.*40.

236. Lo otro; porque para preservar el Marquès de Aryza el derecho de oponer nulidad contra dichas pronunciaciones, debia aver protestado expressamente en todas las diligencias que se hizieron por su parte en dicho Pleyto; pues de otro modo, quedaba privado de poder oponer nulidad alguna, por resultar aprobacion de todo

lo antecedentemente executado, ex latè congeſtis à D. Salgado *de reg.protect.p.4.cap.7.num.*127. *& ſeqq. ſignanter num.*131.ibi: *Ad hoc ut acta ſint nulla à principio, debet fieri proteſtatio in quolibet actu, poſt multos Doctores, & Rotæ deciſiones, optime, lateque preſequitur Gratianus diſcept.forens.tom.*1.*cap.*77.*à num.*19.*Barboſa vot.*126.*num.* 310. porque ſi bien en los actos extrajudiciales, baſta una ſola proteſtacion para preſervar el derecho del proteſtante, pero en los juyzios ſe entiende renunciado el derecho, no repitiendo la proteſtacion en todas las comparicionës, ſegun la diſtincion magiſtral del ſeñor Olea de *ceſſ.Iur. tit.* 8.*q.*1.*num.*12. ibi: *Ex quibus reſolves, in actibus extrajudicialibus unicam proteſtationem ſufficere, in juditialibus autem in quolibet actu eſſe repetendam, ne aliàs ab ea receſſum videatur.*

237. Todos eſtos principios tienen mayor ponderacion en eſte caſo, por no averſe opueſto nulidad alguna contra dichas pronunciaciones, como manifieſtamente reſulta de las diligencias hechas poſteriormenre por las Partes intereſſadas, y con ſingularidad del depòſito de mil libras, hecho ſin reſerva, ni proteſtacion alguna por los Procuradores del Marquès de Aryza, y Condeſa Doña Felipa, para que de ellas ſe dieſſe ſatisfacciõ à dichos Juezes Extraordinarios, ſegun reſulta del Memorial ajuſtado, *pag.* 442. y aſsi es notoria la aprobacion de todo lo antecedentemente pronunciado, como efecto preciſo de el ſilencio de quien no opone la nulidad que le compete, *ex leg.fin.ff.quando appellandum ſit*, ibi: *Quia qui tunc non appellavit, vera eſſe quæ ſcripta ſunt conſenſiſſe videtur.* Et Gothofredus ibidem: *Conſentire actui facto per Judicem pars videtur, ſi non contradicit. Leg. liberto* 31. §. 1. *ff. de negot.geſt.* ibi: *Poterit ei imputari, ſi cum poſſet, non appellavit.* Leg. *ſi procuratorem* 8. §. 8. verſ. *igitur ff. mandat.*

ibi:

ibi : *Si scierunt, incumbebat eis necessitas provocandi*; por lo qual no se debe dàr lugar aora à la impugnacion que intenta el Marquès de Aryza, obstandole lo que dixo el Texto *in leg.2.Cod.de Iur.& fac.ignor.* ibi: *Sera prece tibi subveniri desideras.*

238. Y la razon es clara, porque el silencio de la Parte que no opone la nulidad que le compete, induce tacita renunciacion de su derecho; la qual por sèr en los juyzios mas poderosa, y eficàz, que la expressa, la inhabilita para poderla oponer en adelante, como puntualmente dexò fundado Galerato *de renuntiat.lib.5.cap.11.num.41.* ibi : *Non opponens ergo, vel non excipiens in Iuditio, renuntiare videtur, & consentire præsumitur, etiam in ipsius præjuditium: Nam tacens in Iuditio consentire videtur tam in ijs quæ fiunt à Iudice, quam à parte; sanè omnis exceptio, quæ non inest obligationi sed venit extrinsecus, ut prodesse possit ea opponi debet, aliàs per non oppositionem remissa censetur. Immò oppositio in Iuditio, ut relevet, spetialiter fieri debet, neque sufficit generalis contradictio. Immò fortius operatur taciturnitas in Iuditio, quam consensus expressus: Vnde substantialia Iudicij, cum non possint expressè remiti, tacitè quidem remiti poterunt non opponendo.*

239. La autoridad de juzgar se adquiere con el nombramiento de Ministro de su Magestad, de quien procede, y dimana la Jurisdiccion universal para todas las Causas del Territorio à que se circunscribe, ò particular, y limitado à tal especie de Pleytos, ò especifico, y contrahido à cierto, y determinado Pleyto; y la limitacion con que su Magestad atribuye la Jurisdiccion, no puede dilatarse por el consentimiento de los Litigantes, à perjuyzio de su soberanìa; pero que el Juez aya de jurar, que aya de recibir Sentencia de Excomunion, y que deben votar,

y decidir los Pleytos en lugar, y pueſto determinado, ſon ſolemnidades extrinſecas eſtablecidas à beneficio de los que litigan; y aſsi pueden libremente renunciarlas tacitè, vel expreſsè ſegun las circunſtancias eſpeciales de la doctrina referida.

240. La tercera nulidad conſiſte en que aviendo pidido el Marquès de Aryza Don Juan, ſe declaraſſe por deſierta la Apelacion, ò que no era proſeguible; ſolamente ſe declarò no aver lugar à la deſercion, ſin eſtimar, ò deſeſtimar ſi era, ò no proſeguible. Pero eſte reparo tiene tan clara ſatisfaccion como los antecedentes; pues dicho Marquès de Aryza no formò incidentes diſtintos, pidiendo ſeparadamente que ſe pronunciaſſe por deſierta la Apelacion, y no ſer proſeguible; ſino que en una miſma peticion dixo, que ſuplicaba ſe declaraſſe por deſierta la Apelacion, ò que no era proſeguible; denotando en ſu miſma ſuplica ſer una miſma coſa la deſercion, ò no proſecucion, como dependientes de unos miſmos meritos; y aſsi aviendo reſpondido la Sentencia à la deſercion, tambien reſpondiò à la ſuplica de no ſer proſeguible.

241. A lo dicho ſe aumenta, que con la Sentencia difinitiva ſe reſpondiò al incidente de no ſer proſeguible, pues quando ſe han tenido preſentes los meritos del incidente, no es neceſſario reſponder eſpecificamente; porque con la Sentencia difinitiva ſe entiende reſpondido à todo lo antecedentemente ſuplicado, ex Tarin. *in prax. q.100.cap.2.num.89.* Paciano *de probation.lib.1.cap.58.*

242. Sin que pueda entenderſe, que por eſta comprehenſion del incidente en la Sentencia difinitiva, ſe comete nulidad, ni ſe invierte el orden del juyzio, como prueba con otros Carleval *de Iudicijs tit. 2. diſp. 3. num. 30.* ibi: *Et ratio eſt, quoniam dum Iudex pronuntiat ſuper principali, non eſt neceſſarium commemorare expreſsè exceptionem*

tionem

tionem oppositam, illam reprobando per ipsam Sententiam, ut illam videatur rejecisse, sed sat est pronuntiare super principali, nam sic etiam censetur tacitè pronuntiasse super exceptione; mayormente quando en la difinitiva se halla la Clausula *cætera supplicata locum non habere*. Idem Carleval *d.disp.3.num.*11. ibi: *Censetur autem Iudex expressè determinasse super declinatoria, si causa cognita post illam propositam interloquatur verbis generalibus, non obstantibus oppositis esse procedendum ad ulteriora, tam & si non faciat expressam mentionem de declinatoria, dicendo, declinatoriæ non esse locum.*

243. Y asi no se puede pretender nulidad contra la Sentencia difinitiva, que por palabras equipolentes, ò por necessario antecedente responde à las excepciones opuestas, aunque se varie en la materialidad de las palabras, *Quia in Sententia nulla est descripta certa forma verborum, sed potius sufficit clara Iudicis intentio super negotio de quo agitur*, como advierte D. Salgado *de supplic. p.* 2.*cap.*31.*num.*99. siendo Sentencia comun, *Quod Sententia includit, id quod necessario est præsuponendum, & sumitur ex mente actorum, referturque ad causam, quæ sumitur ex actis*, D.Salgado *de Reg.protect.p.*4.*cap.* 9. *num.* 20. *& seqq.* Vease si el pronunciar difinitivè incluye, y presupone inevitablemente el ser proseguible la Apelacion.

244. Finalmente, quando no fuera tan cierto lo que se ha ponderado, debe bastar la probabilidad para desestimar dichas nulidades, à fin de que prevalezcan los meritos de la Justicia que asiste à esta Parte en lo que decidiò la Sentencia; pues como dixo Leon *decis.* 107. *num.* 13. à quien transcribe Fontanel. *decis.* 405. *num.* 16. *quilibet bonus Iudex à causa desertionis debet sicut ab igne cavere, ubi videt Sententiam male latam, sed vel illam revocare, vel à decreto executionis abstinere: Quis est, qui posit vide-*

re

re proprijs oculis excludi foventem Iustitiam ab ea, sub prætextu alicujus diligentiæ omissæ per illum, non circa substantialia, sed accidentalia, ex quibus causatur desertio.

245. La quarta nulidad se funda en dezir, que dicha Sentencia no reformò la del Juez à quo, antes bien la confirmò, y debiò absolver à los convenidos de la falsìa, que pretendian los actores; y aunque es verdad que condena à los Actores fue ex oficio, y sin instancia de Parte. A esta nulidad se satisface llenamente en el Memorial ajustado, *pag.* 445. convenciendo que la Sentencia decidiò todas las questiones deducidas respectivamente por los Litigantes, condenando en unas à los apelantes, y en otras à los apelados; pues como dexamos probado, nò depende la legitimidad de la Sentencia de la formalidad de las palabras, sino de la intencion del Juez que la pronuncia.

246. Sin que pueda ser de reparo el dezir, que se pronunciò ex oficio. Porque no se debe atender à la narratiba del libelo, sino solamente à su conclusion, y como en ella aya comprehension material, formal, ò conexidad alguna con lo qùe se pronuncia, ò se valga el libelante de las Clausulas salutares, *Iustitiam qualem decet ministrando*; *non se adstringens*; *pro illa parte, vel partibus*; *eo meliori modò*; y otras semejantes, subsiste la Sentencia que se justifica por las probanças presentadas en el Pleyto, como fundan con doctrinas, y juzgados Monter *decis.* 49. *num.* 5. *& seqq.* Sessè *decis.* 27. *per tot. & de inhibit. cap.* 7. y con las mismas doctrinas se satisfacen la quinta, y sexta nulidad; porque no puede aver pronunciacion ex oficio, quando los Litigantes se valen de las Clausulas salutares que se han referido, y ay merito presentado en el Pleyto en que pueda fundar la Sentencia: Y con la Clausula *cætera suplicata locum non habere*, se responde à todo lo pidido

dido respectivamente por las Partes, quando de ello no haze especial mencion la Sentencia.

247. La ultima nulidad consiste en no aver concurrido en el Pleyto el Conde de Fuentes, que fue uno de los opuestos en la primera instancia. Pero no aviendo hecho memoria de este Litigante la Sentencia del Juez à quo, no puede pretenderse que tubiera obligacion de citarle el Juez ad quem. Demàs, que esta excepcion pudiera oponerla el Conde de Fuentes, por ser cierto que el defecto de citacion solamente puede oponerlo el que no comparece, quedando valida, y eficàz quo ad comparentes; pero respecto del Marquès de Aryza es excepcion de tercero, y aunque fundara en derecho propio, no podria oponerla aviendo comparecido, Bardaxì *de aprehension.p.2.q.5.num.* 4. Sessè *decis.230.num.* 77. Petrus Molin. *in praxi fol.* 55. *col.2.in fine.* Suelves *cons.*31.*num.* 8.*lib.* 1. & *cons.* 61. *num.*14.

§. III.

QUE TAMBIEN SE HALLA SIN LLAMAMIENto el Marquès de Aryza para succeder en el Vizcondado de Biota.

248. IGualmente tiene exclusion el Marquès de Aryza en la pretension del Vincondado de Biota, como unido al Condado de Aranda por Don Ximeno (*num.*9.) pues aunque este quedò Heredero de su Padre Don Ximeno (*num.*3.) fue con la condicion de que muriendo menor de edad, ò sin hijos masculos, recayessen los bienes en Don Lope (*num.*11.) Virrey de Sicilia; y por muerte de este, en Don Lope Ximenez (*num.* 15.) hijo suyo; y por muerte de este, sin hijos masculos, succediesse en ellos Don Pedro su Hermano (*num.* 23.) Muriò sin hijos

jos maſculos Don Ximeno (*num. 9.*) y Don Lope que fue el primero ſubſtituydo para dichos caſos, tubo hijos maſculos: Con que no ſiendo deſcendiente de Don Lope el Marquès de Aryza, y no aviendo llegado el caſo de ſucceder Don Pedro, por no averſe verificado la condicion de ſu llamamiento, ceſſaron tambien las demàs vocaciones poſteriores à la ſubſtitucion de dicho Don Lope, ex D. Valenzuela *Conſ. 133. num. 6.* ibi: *Nam vocati in aliquo caſu, vel ſub aliqua conditione, ſub contraria, vel caſu non eveniente, cenſentur excluſi*: Torre *de maiorat. p. 2. q. 7. num. 27.*

249. Y ſi ſe dixere por parte del Marquès, que aunque no deſcienda de Don Lope (*nn. 11. y 15.*) ni de Don Pedro (*num. 23.*) pero que deſciende de Doña Maria Ximenez de Urrea (*num. 8.*) y que ſiendo maſculo deſcendiente de ella, debe ſucceder en el Vizcondado de Biota en fuerça del Codicilo de Don Ximeno (*num. 3.*) por faltar deſcendientes maſculos de todos los ſobredichos. Se reſponde, que aunque el Marquès tenga la calidad de deſcendiente maſculo de dicha Doña Maria (*num. 8.*) no le ſufraga aun para litigar el Vizcondado con dicho Codicilo; porque no es dicha Doña Maria la ſubſtituyda à Don Pedro (*num. 23.*) ſi otra Doña Maria, (y ſus hijos maſculos de grado en grado) hija tambien de dicho Don Ximeno (*num. 3.*)

250. Y para convencimiento de eſta verdad, ſe han de tener preſentes las letras narrativas del Pleyto de Aprehenſion de los tutores, y curadores de Don Guillen de Palafox, (que no eſtà en el Arbol) nieto de Doña Maria (*num. 8.*) y hermano de Don Juan (*num. 16.*) ſobre el Vizcondado de Biota, preſentadas por el Marquès de Aryza Don Juan (*num. 59.*) en el Pleyto del Doctor Don Juan Plano y Frago, ſobre el Eſtado de Aranda, que ſe ha-

hallan à *fol.* 3906. de las quales consta, que Don Ximeno (*num.*3.) casò dos vezes; la primera con Doña Constança de Palafox (*num.*2.) y hubo en hija unica suya legitima à Doña Maria Ximenez de Urrea y Palafox (*num.* 8.) la segunda con Doña Beatriz de Bolea (*num.* 4.) de quien hubo en hijos à Don Ximeno (*num.*9.) à Doña Leonor, y Doña Maria Ximenez de Urrea y Bolea, que no estàn en el Arbol.

251. Consta tambien de dichas letras narrativas, y de la Cedula de replica, narrada en ellas, del Conde de Aranda Don Miguel (*num.* 18.) que dicha Doña Maria (*num.*8.) fue preterida en los Testamento, y Codicilo de su Padre Don Ximeno (*num.*3.) y que aviendo este instituydo por el Testamento en Heredero universal à Don Ximeno (*num.*9.) su hijo, y de la dicha Doña Beatriz; en el Codicilo, para el caso de morir dicho Don Pedro sin hijos masculos, le substituyò à Doña Leonor, y Doña Maria de Vrrea sus hijas, y de la dicha su Muger, y à sus hijos Masculos de grado en grado. Y assimismo consta, que de estas no quedò succesion; porque Doña Leonor muriò antes de tomar estado, y Doña Maria siendo de pocos años entrò en el Real Monasterio de Sigena de la Diocesis de Lerida, del qual fue Religiosa Professa, y despues Priora; y que siendolo, ella, y las demàs Religiosas capitularmente vendieron à favor de dicho Conde Don Miguel en 29. de Octubre de 1514. todos los derechos, instancias, acciones, y succesiones que à dicha Doña Maria, y por ella al referido Monasterio perteneciessen, ò pudiessen pertenecer sobre el Vizcondado de Biota por precio de doscientos mil sueldos que les entregò; y que este contracto fue confirmado despues por la Santidad de Leon X.

252. Consta igualmente de dichas letras narrativas, que Doña Maria (*la del num.* 8.) disimulò la pretericion

que de ſu perſona avia hecho Don Ximeno (*num.* 3.) ſu Padre en los referidos Teſtamento, y Codicilo; ſin duda queriendo mas honrarlos con la tolerancia, que impugnarlos con la inoficioſi Teſtamenti quærela, à ſemejança de Aphronia (hija preterida en el Teſtamento de ſu Madre Ebucia) à quien por la miſma atencion aplaude Valerio Maximo *lib.6. cap.* 8. porque no todos los Teſtadores explican los motivos de ſu diſpoſicion, como lo executò Lucio Ticio con Atiano, y Paulina ſus hijos, ſegun refiere Modeſtino en la Ley 34.§.6. *de legat.& fideicom.*2. ibi: *Et peto à te filia chariſsima, ne velis iraſci, quod ampliorem ſubſtantiam fratri tuo reliquerim, quem ſcis magna onera ſuſtentaturum*; y ſin embargo de que algunos deſcendientes de dicha Doña Maria intentaron anular dichos Teſtamento, y Codicilo en el referido Pleyto de Aprehenſion, no fueron atendidos; porque deſde 2. de Abril de 1459. en que ſe hizo el Teſtamento, y deſde 24. de Março de 1463. en que ſe hizo el Codicilo de Don Ximeno (*n.3.*) y muriò eſte, y ſuccediò en ſus bienes Don Ximeno (*num.9.*) ſu Hijo, y Heredero, haſta el año de 1515. en que ſe aprehendiò el Vizcondado de Biota, avia paſſado el quinquenio (y muchos quinquenios) dentro del qual ſolamente permite el derecho la ſobredicha querella, *l. ſi quis filium 34. Cod. de inofic. teſtam*: y aſsi perdieron el Pleyto, y le ganò el Conde de Aranda Don Miguel (*num.* 18.) con Sentencia difinitiva que le declarò verdadero Señor, y Poſſehedor de dicho Vizcondado, como parece del Tranſſumpto que ſe halla en la Pieza 3. de eſte Pleyto corriente à fol.2072.

253. Reſultando de todo lo dicho, que el Marquès no puede pretender el Vizcondado de Biota como maſculo deſcendiente de Doña Maria de Vrrea y Bolea, que es la ſubſtituyda à Don Pedro (*num.*23.) en el Codicilo de Don

Xime-

Ximeno (*num.3.*) porque ni deſciende, ni puede deſcender de ella; y tampoco puede pretenderlo como maſculo deſcendiente de Doña Maria de Vrrea y Palafox (*num.8.*) porque eſta, y ſus deſcendientes maſculos, no ſolo no tienen ſubſtitucion alguna à ſu favor en el Teſtamento, y Codicilo de dicho Don Ximeno (*num. 3.*) ſino que antes bien no ſe hallan nombrados en dichas Eſcrituras como queda referido; y aſsi reſpecto de cada uno de dichos titulos bien ſe le puede dezir al Marquès con Ulpiano *in l. loci corpus 4.§.competit. 7. ff. ſi ſervit. vindicet: Quantum enim ad eum pertinet, liberas ædes habeo.*

254. Sin que pueda ſer de conſideracion el ponderar por el Marquès de Aryza, que el Conde Don Miguel confeſsò en ſu Teſtamento, que el Vizcondado de Biota no lo heredò de ſu Tio Don Ximeno (*num.9.*) ſino por Vinculo anterior, como conſta del Memorial ajuſtado, *pag.463.* Porque no moſtrando el Marquès de Aryza llamamiento alguno en el Codicilo de Don Ximeno de Vrrea (*num.3.*) como dexamos fundado, no le puede atribuyr derecho alguno à el Marquès el pretender que el Conde Don Miguel aprobò dicho Codicilo: Lo otro, porque el Conde Don Miguel no dize, que le pertenece el Vizcondado de Biota por Vinculo anterior à ſolas; ſino tambien en fuerça de otros derechos nuevamente adquiridos; y aſsi no ſiendo abſoluta la relacion à el Vinculo anterior, no podia cauſar perjuyzio alguno à eſta Parte, aun en caſo que moſtrara è hiziera conſtar de ſu llamamiento el Marquès de Aryza en el Codicilo de Don Ximeno (*num.3.*)

255. Y para mayor convencimiento del defecto de llamamiento del Marquès de Aryza, en fuerça del Codicilo de Don Ximeno (*num.3.*) ſe debe tener preſente, que en falta de los hijos maſclos de los contemplados en primer lugar, llama à Doña Leonor, y Doña Maria de

Urrea,

Vrrea ſus hijas, y de la dicha ſu muger; y reſultando del miſmo Codicilo que ſu muger era Doña Beatriz de Bolea, y que el Marquès de Aryza ſe incluye como deſcendiente de Doña Maria de Urrea, hija de Don Ximeno (*num.3.*) y de Doña Conſtança Palafox ſu primera Muger, reſulta con evidencia que el Teſtador llamò à Doña Maria ſu hija, y de Doña Beatriz de Bolea; y que no llamò à Doña Maria ſu hija, y de Doña Conſtança Palafox, de quien deſciende el Marquès de Aryza; por cuyos motibos queda totalmente deſtituydo de incluſion alguna, por donde pueda pretender el Vizcondado de Biota.



PARTE TERCERA.

CAPITVLACION MATRIMONIAL DE DON Lope con Doña Catalina de Yxar (num.15.) en la qual funda ſu incluſion el Duque de Gandia, otorgada en 3. de Febrero de 1465.

256. EN eſta Eſcritura no ſe encuentra otra providencia para la ſucceſion de los bienes mandados, que un Mayorazgo de riguroſa agnacion à favor de los hijos, y deſcendientes de dicho Don Lope contrayente; y en falta de ellos una ſencilla ſubſtitucion à favor de Don Pedro (*num.23.*) hermano de dicho Don Lope; en cuyos terminos no tienen extenſion à otros, ni mas tiempos, caſos, y perſonas, que los expreſſados en la Eſcritura de fundacion, ut tradit Roxas *de incompat.p.1.cap.6. num.307.* ibi: *Linea autem limitatæ agnationis eſt, quando non ſimpliciter & abſolutè cauſa conſervandæ agnationis in perpetuum inter omnes ſucceſſores, inſtitutus fuit maioratus,*

tus, sed limitata fuit vocatio agnatorum, & coharctata ad certas personas, vel lineas, vel gradus, vel ad certum tempus exemplum: Succedan los descendientes de Pedro, que sean Varones de Varones; que es la Clausula que contiene la referida Capitulacion Matrimonial, y lo mismo funda Leo R. *lib.3.decis.*1.*num.*89. ibi: *Agnatio enim atenditur in casibus expresis, non in alijs, ut cum communi probat Surdus cons.*316.*num.*16.*lib.*3.*alioquin numquam esset locus distinctioni vulgari inter agnationem absolutam, & limitatam contra communes conclusiones.*

257. Para calificacion de su llamamiento se vale de la reserva contenida en dicha Capitulacion, ibi: *Et si contecerà, lo que Dios no mandè, el dito Don Lop desfallecer sinse Posteridad masculina, por recta linea masculina legitima descendient, que en el dito caso los ditos Castillos, & Lugares vengan en el Noble Don Pedro de Vrrea, Hermano del dito Don Lop, con los Vinculos, condiciones, & substituciones que por el dito Señor Don Lop, Padre suyo, seràn puestas en su ultimo Testamento, ò en otra qualquiere disposicion de ultima voluntad, ò entre vivos.* Pretendiendo, que en fuerça de dicha reserba deben subsistir los llamamientos que en el año antecedente avia otorgado el Mandante en su Testamento fenecidos los llamamientos de la Capitulacion Matrimonial.

258. Lo qual contiene manifiesta contradiccion; pues en la reserva de lo que en adelante dispondria, no puede estàr contenido lo que antecedentemente avia dispuesto, por ser exclusiva por su naturaleza la disposicion futura de la disposiciõ preterita. Trata Roxas de la incompatibilidad del tiẽpo presente, preterito, y futuro en la *p.*2. *cap.*2. y en el *n.*5. advierte la regla; De que las palabras de preterito, ù de presente, no comprehendẽ el tiempo futuro; y en el *n.* 39. propone, si procede lo mismo en las palabras

bras de futuro, y el futuro respecto del preterito? Y defiende que si, ibi: *Hactenus de incompatibilitate trahendi tempus præteritum ad futurum, cum repugnet de jure naturali, quia præteritum non continet futurum. Nunc deniquè videamus, è converso, de tempore futuro ad præteritum, & idem dicendum est, quia nec etiam futurum continet præteritum finitum.*

259. De esta regla infiere en el *num.* 40. la razon de decidir à la Ley 42. *de Toro*, que *es la 3. tit. 7. lib. 5. recopilat.* en la qual se ordena, y manda, que aunque su Magestad dè licencia para hazer Mayorazgos, por virtud de la tal licencia, no se confirma el Mayorazgo que de antes estubiere hecho, salvo si en la tal licencia expressamente se dixesse, que aprobechaba al Mayorazgo que estaba hecho; y en el *num.* 41. muy à nuestro intento dize: *Aliter enim si Regia facultas confirmaret maioratum jam conditum de præterito, daretur, quod licentia, seu facultas concessa ad instituendum de futuro maioratum, respiceret causam de præterito*; comprobando esta regla con varios Textos, y exemplos en los numeros siguientes; Pues si una gracia Real, que debe interpretarse con ampliaciones de Privilegio, por estàr concebida con palabras de futuro, no es bastante para confirmar el Mayorazgo antecedentemente hecho, como se podrà dexar de entender lo mismo en la reserva de dicha Capitulacion Matrimonial, en la qual transfiriò los bienes el Mandante en el Donatario sin mas gravamen, ni otros llamamientos, que los explicados en la Escritura, no haziendo despues nueva disposicion, que fue lo que se reserbò?

260. Sin que pueda considerarse distincion alguna, en que la reserba se halle hecha en contracto, ò en ultima voluntad, para poder inferir de ella por esta circunstancia, mayor, ò menor facultad en el que puede disponer; por-

porque en ningun caſo comprehende el tiempo anterior la diſpoſicion contrahida, y limitada al tiempo futuro, como dixo Antonelo *de tempore legali lib.* 1.*cap.*7.ibi: *Sive loquamur in contractibus, ſive in ultimis voluntatibus, nec tempus præteritum trahitur ad futurum, quemadmodum, neque futurum includit præſens, vel præteritum*; y lo miſmo prueba Graciano en la *diſcept.* 497. *num.* 17. *& ſeqq.* ſingularmente en nueſtro caſo, pues dicho Don Lope (*num.*11.)usò muchas vezes en ſu Teſtamento de las palabras *ſerà*, y *ſeràn*, con limitacion al tiempo futuro, como reſulta de ſu letura; y aſsi aunque tubieran alguna duda las palabras de la reſerva de dicha Capitulacion, ſe deberian interpretar ſegun el ſentido con que las acoſtumbraba proferir el Mandante in vicinis ſcripturis, ex Caſanate *conſ.*47.*num.*36. por ſer el mejor interprete de ſu voluntad el miſmo que diſpone, ex eodem Caſanate *d.conſ.* 47. *num.* 63.

261. A lo dicho ſe aumenta que las palabras de dicha Clauſula: *Seràn pueſtas en ſu ultimo Teſtamento, ò en otra qualquier diſpoſicion de ultima voluntad, ò entre vivos*, ſon relativas à diſpoſicion de ultima voluntad que no eſtaba hecha, y à diſpoſicion entre vivos que tampoco ſe avia otorgado, y refiriendoſe por eſte motivo las palabras *ſeràn pueſtas*, al tiempo futuro, y rigiendo las miſmas toda la oracion, igualmente han de ſer relativas reſpecto del Teſtamento al tiempo futuro, como lo ſon reſpecto à las demàs Eſcrituras; *quia determinatio reſpiciens plura determinabilia pariformiter debet determinare*, y por eſſo dixo Caſanate en el *conſ.* 35. *num.* 2. *quod tempus determinato modo prolatum, alterius temporis non recipit functionem.*

262. Y ſiendo acto voluntario en Don Lope Mandante el uſar, ò no uſar de la facultad que le quedò reſerbada

bada en la Capitulacion Matrimonial de ſu hijo;y pudiendo reſultar perjuyzio de ſu diſpoſicion à los llamados en la dicha Capitulacion ; no ſolo debia ſer poſterior ſu diſpoſicion , ſino que debia explicar que la hazia en fuerça de dicha reſerva; pues el Teſtamento antecedentemente otorgado no lo pudo adaptar en fuerça de la reſerva que deſpues ſe le diò ; antes bien quedò inutil , y ſin efecto alguno dicha diſpoſicion teſtamentaria en quanto fuere contraria à lo pactado en la Capitulacion Matrimonial poſteriormente eſtipulada ; y aſsi el no aver explicado relacion alguna en la Capitulacion al Teſtamento anterior , fue lo miſmo que explicar , que no queria aumentar providencia alguna à las explicadas en dicha Capitulacion , ſino explicaba ſu voluntad en Eſcritura poſterior , como dize Amato en la *reſolut.76.num.50.*ibi : *Niſi facultas diſponendi , & eligendi , ſeu nominandi ad Teſtamentum reſtricta ſit , ſcilicet quod poſit diſponere de centum in perſonam nominandam , vel eligendam in ſuo Teſtamento ; quia tunc non veniunt ſuccedentes ab inteſtato ut cenſeantur nominati vel electi* ; ſingularmente ſiendo tan facil el explicar la reſerva con relacion al Teſtamento hecho, ſi hubiera tenida eſſa voluntad , ex *text. in l. Labeo ſcribit.21. ff. de contrah. empt.*

263. Todo lo qual tiene mayor ponderacion teniendo preſente , que la facultad reſervada por Don Lope no fue abſoluta , ſino limitada , y contrahida al caſo expecifico de morir Don Lope ſu hijo *ſin poſteridad maſculina por recta linea maſculina legitima deſcendiente* ; y no aviendoſe verificado dicho caſo , por aver muerto Don Lope (*num.15.*) con poſteridad maſculina por recta linea maſculina , faltò la condicion para poder uſar de la facultad reſervada Don Lope (*num. 11.*) y conſiguientemente debe obſervarſe todo lo prevenido en la referida Eſcritura de

de Capitulacion Matrimonial, ex Fontanel. *de pact. nupt. tom.*1,*clauſ.*4.*gloſ.* 9. *p.* 1.*num.* 12.ibi: *Secunda ratio eſt quam ponderavit in caſu ſimili practicus noſter Marchil.* in uſat.de inteſtat.q.26.verſ.præterea in pactis fol.352.colat.3.*Quia in instrumento donationis fuit dictum, quod ſi dictus noſter* Donatarius *decederet ſine liberis, tunc bona donata reverterentur ad noſtrum* Donatorem, *ſi viveret, ſin minus ad illum, vel illos ad quem, vel ad quos ipſe diſpoſuiſſet, reſervatis dicto noſtro* Donatario *mille libris de quibus tali caſu poſſet diſponere; ex quo igitur Donator ſibi, & Donatario in uno tantum caſu, videlicet non exiſtentiæ liberorum, reſerbavit facultatem diſponendi, & teſtandi de bonis donatis: Ergo in alio caſu, ſcilicet exiſtentiæ liberorum, dicendum omnino eſt ſtari debere donationi, quæ æqualiter filios vocat, & propterea non potuiſſe Patrem Donatarium inter filios aliter diſponere.*

264. Porque ſiendo la reſerba cierta excepcion, ex Cyriaco *controv.*196.*num.*115.al punto que ſe haze reſerba de algunas coſas, ſe entienden las otras del miſmo genero comprehendidas en la diſpoſicion, Cyriaco *ubi ſup. num.*119.ibi: *Adeò autem verum eſt per reſervationem vel exceptionem aliquorum, cætera ejus generis cenſeri comprehenſa in diſpoſitione, ut id dicatur expreſsè diſpoſitum, non autem tacite tantum deprehendi, Alexander in auth.*ex *Teſtamento, ante num.* 3.

265. Y quando ſolo fuera diſputable, ſi en fuerça de dicha reſerva debia ſubſiſtir lo diſpueſto en el Teſtamento anterior, era lo baſtante para que en la duda no fuera cauſado perjuyzio alguno à los que tienen derecho à la ſuccesion en fuerça de la referida Capitulacion Màtrimonial, pues en ella tiene lugar todo lo que ſe ha procurado fundar reſpecto del Teſtamento de Don Pedro de Vrrea, ſupra *part.*2.§.1.*num.*155. & *ſeqq.* por hallarſe los

lla-

llamamientos de ambas Eſcrituras limitados à la preciſa calidad de agnacion natural, por cuya deficiencia deben ſucçeder los que tubieren mejor incluſion, ſegun las reglas de Mayorazgo regular, que ſon las vocaciones que ſuple el derecho, à fin de perpetuar los bienes en la Familia; en cuyos terminos no puede tener la menor contradicion el derecho de la Condeſa Doña Antonia por hallarſe en la linea efectiva, y con la prelacion de hija del ultimo Poſſehedor.

266. Sin que obſte dezir, que en Aragon no ay Mayorazgos regulares ſino ſolamente à fundatoris voluntate, & diſpoſitione; y que aſsi acabados los Agnados verdaderos, ò artificiales en los Mayorazgos perpetuos, en el ultimo Poſſehedor Agnado paran libres los bienes, y no ſe deben ſuplir los llamamientos legales no aviendo diſpoſicion foral que los permita, ni califique. Pero ſe reſponde, que no aviendo en Aragon obſervancia, ni Fuero, que à eſto ſe oponga, como no le ay, la ſucceſſion de los Mayorazgos perpetuos ſe debe governar por las leyes, reglas, y doctrinas que enſeñan los Autores Caſtellanos que dexamos citados, ex Suelves *conſ.5.num. 34.lib.3.* y en Cataluña ſe practica lo miſmo, y por la miſma razon, ex Vedoya *in ſpeculo ver. juriſp.lib. 2. diſcurſ. 9.num.*24. ibi: *Sed objicies, hoc locum habere in maioratibus Caſtellæ ſecundum diſpoſitionem l. 40. Taur. quæ non viget in Cathalonia; cui reſpondeo quod in hoc Principatu contraria conſtitutio, aut deciſio non invenitur.*

267. Y por eſto en las Cauſas de Mayorazgos ſe han alegado en Aragon, y tenido preſentes para decidirlas los Autores de Caſtilla, ut videre eſt apud Seſsè *deciſ. 26. num.9.deciſ.37.num.7.& deciſ.67.per tot.deciſ.254.num. 68.& 75. deciſ.285.286.& 412.num.* 11. Suelves *d. conſ. 5.per tot.* & præçipuè *à num. 25. uſque ad 34. & num. 88.*

verſ.

verſ.*ex his compertum eſt*; y hàn ſido repetidiſsimos los Juzgados de la Corte del ſeñor Juſticia Mayor, y de la Real Audiencia Antigua de eſte Reyno, en que negando al ultimo Poſſehedor la libertad en los bienes vinculados, ſe han calificado los llamamientos ſupletorios legales en los Mayorazgos, que ſon perpetuos por expreſſa voluntad del fundador, ò por Congeturas que reſultan de las Eſcrituras de ſus fundaciones.

268. A lo dicho ſe aumenta, que quando falta diſpoſicion foral debemos recurrir en Aragon al ſentido, y equidad natural, ſegun dexò prevenido el ſeñor Rey Don Jayme en el Prohemio de los Fueros: Con que fundando en ella las reglas de los Mayorazgos de Caſtilla, por tener ſu origen à jure divino, como enſeña el ſeñor Molina *de Hiſp.Primog.lib.*1.*cap.*2.*num.*2. & 3. vel à ratione naturali, *ut n.* 4. vel à jure gentium, vel Civili, vel Canonico, ut *num.*5. & 6. no aviendo en los Mayorazgos de que tratamos, y que ſe quieren dezir perpetuos, expreſſa, y clara voluntad, y providencia de los Fundadores mas allà de los Agnados; y no hallandoſe tampoco eſcrita en los fueros, y obſervancias, debemos de razon natural recurrir al derecho, y Leyes de Caſtilla en que eſtàn prevenidos, y practicados los juridicos, y legales llamamientos ſupletorios para dàr curſo con ellos à la ſucceſion de los Mayorazgos particulares que ſe ſuponen perpetuos; eſpecialmente debiendo eſtos imitar al principal Mayorazgo, que es el de la Corona, en èl qual por coſtumbre, eſtà introducida la regular ſucceſion ſupletoria como fundarèmos in part.4.§.1. y con mas particular razón quàndo tienen en sì, como el de Aranda, titulo de Conde, ù de otra Dignidad Real, como dirèmos ibidem por la mayor ſemejança que en ellos concurre con el de la Real Corona.

269. Sin que pueda ſer de reparo el dezir, que aunque

que la relacion ſobredicha ſe halle contrahida à tiempo futuro, ſe verifica legitima la diſpoſicion del Teſtamento anterior, por eſtàr ſuſpendido ſu efecto haſta que ſe verifica ſu confirmacion con la muerte del Teſtador; pero eſta inſtancia tiene facil ſatisfaccion. Lo uno, porque quando ſe obra en fuerça de facultad reſervada, debe intervenir nuevo cònſentimiento, y diverſo contracto, ſin que baſte el que ſe explicò en la Eſcritura anterior, como advierte con Pegas Don Fernando del Aguila *in addit. ad Roxas de incompat.p.2.cap.* 2. *num.* 40. ibi: *Adducitur doctiſsimus Pegas* ad ordin.Portugal.tom.7.cap. 31. num. 3. *Vbi quod poſt facultatem debet novus accedere conſenſus novuſque contractus, & ita refert deciſſum, quod obſerva.*

270. Lo otro; porque quando es inevitable la preexiſtẽçia de un inſtrumẽto preambulo para la legitimidad de una Eſcritura, es preciſſo que conſte verè el preſſumptivè de la prioridad de la Eſcritura preambula para la ſubſiſtencia de la ſegunda, como funda el ſeñor Olea *de ceſ. jur.tit.*8.*quæſt.*3.*num.*15.en nueſtro caſo no podia el Mandante aumentar Vinculos en Eſcritura alguna à los expreſſados en la Capitulacion Matrimonial, ſin que conſtara primero de la facultad reſervada por inſtrumento anterior: luego ninguna diſpoſicion de Vinculos puede ſubſiſtir ſin que conſte de la anterioridad de la Eſcritura preambula de la reſerva, que es el requiſito eſſencial para la legitimidad de la ſegunda Eſcritura: el Teſtamento no es poſterior à la reſerva, ſino mucho anterior, y quedò extincto reſpecto de todos los bienes poſteriormente mandados en la Capitulacion Matrimonial, *leg. rem legatam ff. de adimend.legat.* Menoch.*lib.*4.*præſſumpt.*167.*ex num.* 6. Màntica *de conject.lib.*12.*tit.*6.*num.*2. & 3. Cancer *variar. reſolut.lib.*3.*cap.*20.*num.*259. Luca *de legat.diſcurſ.*48.*num.*4. Con que no ay capaçidad para dàr efecto à dicha diſpoſicion

ſicion teſtamentaria, no conſtando que Don Lope aya uſado, ni querido uſar de la facultad reſerbada, ni que en dicha reſerba hizieſſe relacion al Teſtamento anterior.

§. II.

QVE TAMPOCO PVEDE SVCCEDER EL DVQVE de Gandia en fuerça del Teſtamento de Don Lope (num. 11.)

271. Y Quando ſe entendiera que dicho Teſtamento debia ſubſiſtir, tampoco ſe puede incluyr en ſus llamamientos el Duque de Gandia. Lo uno, porque Don Lope (*num.* 15.) ſolo eſtubo gravado à diſponer de los bienes en ſus hijos; pero eſtos, ni ſus nietos no lo eſtubieron para diſponer en ſus deſcendientes, y mucho menos en los tranſverſales; pues à lo ſumo, como pueſtos en condicion, podian entenderſe llamados los hijos, pero no gravados à favor de los nietos; *quia ex vocatione activa non infertur ad paſivam, ut ait* Cardin. de Luca *de fideicom. diſcurſ.* 85. *num.* 4. Torre *tom.* 2. *quæſt.* 17. *num.* 4. ibi: *Gravamen injunctum inſtitutis, non cenſetur repetitum in filijs in conditione poſitis, etiamſi filij eſſent vocati.* Caſanate *conſ.* 4. *num.* 279. *verſ. immò.*

272. Lo otro, porque todos los llamamientos de dicho Teſtamento ſon temporales, y dependientes de la condicion de morir Don Lope (*num.* 15.) ſin hijos, ò nietos ſegun ſe contiene en la *Clauſula* 5. ibi: *Et ſi contecerà lo que Dios no mande, el dito Don Lop Ximenez fillo nueſtro, ò los fillos de aquel Varones morir ſin fillos Varones legitimos, è de legitimo Matrimonio procreados, que en el dito caſo los ditos Caſtillos, Villas, &c.*

273. Y aviendo faltado la condicion, baxo la qual ſe concibieron, y formaron dichas ſubſtituciones, por aver

muer-

muerto Don Lope con hijos Varones, aviendo tambien muerto ſus hijos con hijos Varones, caducaron todas las ſubſtituciones poſteriores como dependientes de la condicion que no ſe verificò, ſegun el cèlebre *Conſejo* 21. de Oldrado, univerſalmente aplaudido por los Autores que refiere D. Caſtillo *lib.*1.*controv.cap.*89.*num.*15.y modernamente el Cardenal de Luca *de fideicom. diſcurſ.* 82. *num.*4. y Torre *de maiorat.tom.*2.*quæſt.*17.*à num.*1.

274. Y ſi bien es igualmente cierto, el no deberſe ſeguir dicha doctrina, quando concurren congeturas que perſuaden ſer abſolutos, y perpetuos los llamamientos, y ſubſtituciones; es igualmente indubitable, que deben ſer las congeturas eficaces, y concluyentes deducidas de las miſmas Clauſulas de la Eſcritura, como prueban Caſanate *conſ.*4.*num.*204.*&* 293. Leon *deciſ.* 209. *num.* 36. Sperelo *deciſ.*152. Torre *de maiorat.tom.*2.*quæſt.*17.*num.* 22. Particularmente en Aragon donde no ſe admiten congeturas que no ſean deducidas de la letra, y convincentes, por aver de eſtàr à la Carta, *per obſerv.* 1. *de equo Vulnerato*, obſerv. *Item Iudex de fide inſtrum.* & docent Alciatus *conſ.*36.*num.*11. Beroyus *conſ.*120.*num.*9. *lib.*1. Rolandus *conſ.*51.*num.*12.*&* 13.*vol.*3.Menoch.*conſ.*325. *num.*17. Carpanus *ad ſtatuta Mediolan.cap.*174.*num.*14. y aſsi dixo Flores de Mena à la deciſ. de Gama 224. *Sed ommiſis his allegationibus, ut quid ſentiam in medium proferam, Oldradi ſententia vigore verborum inſpecto vera eſt, & Juriſconſultis amica, eamque manifeſtè probant jura ab ipſo Oldrado citata.*

275. Las que ſe pueden ponderar en dicho Teſtamento ſon ineficaces, ſin el concurſo de otras para perſuadir abſolutas, y perpetuas las ſubſtituciones hechas por dicho Don Lope; pues la prohibicion de agenar, que regularmente ſe pondera para inducir perpetuidad, no pue-

puede hazerse lugar en nuestro caso, por aver sido personal respecto de Don Lope (*num.* 15.) alli: *No pueda agenar en alguna manera sino en hijos suyos Varones legitimos;* la qual no se puede estender de persona à persona, *ex leg. Pater §. fundum titianum ff. de legat.* 3. Fontanel. *de pact. nupt. claus.* 4. *glos.* 25. *num.* 52. Lara *de anivers. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 3. & 4. D. Molina *de Primog. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 31. ibi: *Ex quo fit, ut personas specificè nominatas egredi non debeāt.* D. Castillo *cap.* 92. *num.* 14. 19. 29. & 30. Sessè *decis.* 53. *num.* 13. Cardin. de Luca *de fideicom. disc.* 60. *num.* 6. Torre *de maiorat. p.* 2. *quæst.* 17. *num.* 39.

276. La de doble condicion inducida de las palabras condicionales de morir Don Lope, ò los fillos de aquel Varones sin fillos Varones, succeda Don Pedro Ximenez de Urrea fillo nuestro, nunca se ha calificado quando no ha precedido prohibicion de agenar per modum regulæ, Petra *de fideicom. quæst.* 2. *num.* 9. Fussar *de substit. quæst.* 673. Sessè *decis.* 65. *num.* 17. y siempre se ha repelido en Aragon por el estatuto de la Carta, ut in causa *Bertrandi Desballs* in Regia Audientia, & in Curia Iustitiæ Aragonum, & in Processu *Augustini Capilla*, concurriendo muchissimas congeturas, Casanate *cons.* 4. *à num.* 171. Y no se halla en la substitucion del hijo de Doña Beatriz de Urrea sino sencilla, como en la substitucion de Don Pedro Ximenez, Señor de Almonacil, à Don Ximeno de Vrrea, hijo del Vizconde de Biota: Y assi no es argumento à favor, sino antes bien contrario al Duque de Gandia; pues se halla omitida por el Testador la condicion doble respecto de Doña Beatriz, aviendola prevenido respecto de Don Pedro, arg. *text. in leg. tales §. quindecim ff. de legat.* 3. Menoch. *cons.* 85. *num.* 209.

277. Sin que tenga mas eficacia la calidad de masculinidad contemplada en el primer grado; pues aunque

fue-

fuera repetida non induce Fideicomisso perpetuo, ex Menoch. *cons.85.à num.46.* Peregrin.*artic.29.num.27*.Casanate *cons.4.num.229.*

278. La digresiō à muchos grados de substituciones;no es congetura estimable; porque el caso de Oldrado contiene varias substituciones, y es comunmente recebido, ex Menoch. *cons.84.num. 49.* Casanate *cons. 4. num. 235.* Torre *de maiorat.tom.2.quæst.17. num. 35.* Y lo mismo procede respecto del gravamen de nombre, y armas, Casanate *dicto cons.4.à num.246.*Rota *apud Farin.in recentis. p.1.decis.486.num. 1.* y el llamamiento del pariente mas cercano para el caso de morir todos los sobredichos sin fillos Varones, parece se debe comprehender ineficàz para la perpetuidad, por estàr contrahido al mismo caso que no ha sucedido; aviendo muerto con hijos Don Lope primero instituydo (*num.15.*) ex Casanate *dicto cons. 4. à num.248.* Panimole *decis.43.annotat. 3. num. 62. & seqq.* Y en Aragon han sido frequentes los exemplares en que se ha seguido comunmente el *cons.21.* de Oldrado,ut videre licet apud Casanate *d.cons.4.num.147.* Sesè *decis.245. à num. 4.*

279. Y en tanto grado es verdad ser temporales todos los llamamientos de dicho Testamento, y no contener en sì la perpetuidad (que segun la Donacion de Don Pedro (*num.6.*) debieran tener à favor de la descendencia de Don Lope (*num. 11.*) como queda dicho en la primera Parte de este Alegato per totam) que lo convence el mismo en su Testamento, y Clausula del fol.52.del Sumario, donde para el caso que el Successor no llebarà el nombre, y armas de Vrrea sin mezcla alguna dentro de un mes, despues de requerido por el Prior, y Canonigos de la Seo de Zaragoça, quiere que pierda el derecho à la succesion, y q̃ sus bienes,y herençia sean,y vengan de,y en los dichos

Prior,

Prior, y Canonigos; y si quisiera la perpetuidad entre los de su descendencia, procedia ussasse de la providencia acostumbrada, de privar de la Possession de sus bienes al que no llebasse su nombre, y armas, y admitir à el Successor descendiente inmediato; lo que no dispuso, si que llamò al Prior, y Canonigos dela Seo, para que succedida la contravencion, quedassen dueños inmediatamente de la Casa del Testador; y componiendo estos à el Cabildo, que es puesto inmortal, y de donde, si una vez entrassen los bienes, nunca bolverian à salir aunque hubiesse descendientes de dicho Testador que pudieran ocuparlos, se vè manifiestamente que no quiso para estos la perpetuidad en la succesion de sus bienes, siendo, como es, aquella diametralmente contraria à la disposicion que de ellos hizo à favor de los Prior, y Canonigos, y dependiente de la voluntad del Successor, que por el corto termino de un mes despues de requerido à que ussasse, y llebasse, no quisiera usar, ni llebar el nombre, y armas de la Casa de Urrea.

280. Y aun admitida la perpetuidad de este Vinculo, y Mayorazgo, no debe hazerse merito de las substituciones contrahidas à Varones; porque en quanto à esta calidad, no se admite extension del primer grado de los hijos, y se succede por via de Mayorazgo regular entre los descendientes, ex D.Molina *de Primog.lib.3.cap.5.vers.illud tamen*, D.Castillo *cap.*117.*à num.*29.Addentes ad D. Molin.*lib.*1.*cap.*8.*num.*18. y por esta regla cierta, y constante en los Mayorazgos, tiene llamamiento prelativo la Condesa Doña Antonia por la ventaja de linea, aunque se governasse por este Vinculo la succesion de esta vacante.

281. Pero baxo el mismo supuesto de ser dichas congeturas urgentes, y eficaces para persuadir la perpetuidad, no deberia recederse del Consejo de Oldrado, por

aver explicado el Teſtador que hazia las ſubſtituciones poſteriores, limitadas, y contrahidas al caſo de morir Don Lope ſin hijos Uarones, y morir tambien ſus hijos ſin hijos; y por averſe valido en diverſas Clauſulas de las palabras, *en el dito caſo*, las quales por ſu naturaleza, y geminada expreſsion ſon reſtrictivas, y taxativas del caſo literalmente explicado por el Teſtador, ex Caſanate *conſ.* 1.*num.*30. ibi: *Duodecimo ſuadetur ex pluribus verbis reſtrictivis in hac ſubſtitutione adjectis*, ibi: *Tunc, tali tempore, in dicto caſu, &c. Quibus extantibus, qui dubitant de deciſsionibus Oldradri, eas tamen ex verbis reſtrictivis prorſus admitunt, Ancarranus, &c. Maximè adjectis, & cumulatis pluribus verbis reſtrictivis ex vi geminationis Zephalus &c. etiamſi adeſſent aliquæ agnationis cõjecturæ, vel veroſimilis mens extenſionem arguens, Aymon, &c.* Palma Napol. *tom.* 1.*allegat.* 19.*num.* 46.

282. De forma, que hallandoſe las ſubſtituciones concebidas con las palabras, *en dicho caſo*, no ſe admiten congeturas para la extenſion del Fideicomiſſo aun quando contienen ſimilitud, ò identidad de razon para perſuadir la perpetuidad, por repugnarlo la reſtriccion del Teſtador al caſo expecifico que explica; ò bien ſea la muerte del inſtituydo ſin hijos, que es el nueſtro, ò qualquier otro ſemejante de los que pueden ocurrir; Caſanate *conſ.* 4. donde hablando de la condicion *ſi ſine filijs*, dize en el *num.* 129. *Vnde exiſtentibus verbis reſtrictivis, non admiti extenſionem ex ſimilitudine, vel identitate rationis, neque ex conjecturis, vel mente, etiam ubi aliàs admiti poſſet, tenuerunt adverſus alios quamplures Socin. Sen. &c.* Carena *reſolut.* 29.*num.* 1. Torre *de maiorat. p.* 2. *quæſt.* 17. *num.* 6. *& ſeqq.*

283. Lo qual procede con ſuperior razon en nueſtro caſo, por ſer voluntaria, y no preciſa la condicion de

que

que tratamos, en cuyos terminos solo se atiende al sencillo fecho que informa la condicion, segun la distincion comunmente recibida por los Autores, ex Casanate *cons.* 4.*num.* 48. Ramona *cons.* 100.*num.* 175. Cancer. *variar. lib.* 1.*cap.* 1.*num.* 28. singularmente quando la condicion no tiene semejança con el caso de la extension què se pretende, sino que antes bien es diametralmente contraria, como sucede en los terminos en que hablamos, pues las substituciones posteriores estàn concebidas baxo la condicion de morir Don Lope sin hijos, ò nietos, y se pretenden extender al caso de morir con ellos, que es el que succediò, como funda Fussario *cons.* 64. *num.* 18. Cyriaco *controv.* 142.*num.* 18.

284. Por todo lo qual estamos en el caso de aver quedado extinctas las substituciones hechas para el caso de morir Don Lope sin hijos, ò nietos, por aver faltado la condicion con la sobrevivencia de ellos, ad tradita per Torre *de maiorat.p.* 2.*quæst.* 42.*num.* 1. ibi: *Quia fideicommissum à dicto testatore conditum habet conditionem expressam, quatenùs Ioannes Maria decedat absque filijs, verum ipse cum filijs decesit, merito igitur substitutio evanuit.*

285. Y quando se entendiera, que los llamamientos, y substituciones de dicho Testamento contenian perpetuidad à favor de toda la Familia, y que por dicha Escritura se debe governar la succesion del Estado de Aranda en esta vacante, seria igualmente indubitado el derecho de la Condesa Doña Antonia, por hallarse en la linea predilecta, efectiva, y de actual possesion como descendiente de Don Lope de Vrrea (*num.* 15.) que fue el primero llamado por el Testador, y no aver, como no ay, Agnado que compita la succesion, y ser preciso que en caso dè contener perpetuidad los Vinculos entre la Ley à suplir las vocaciones de que necesitare la perpetuidad, la qual

se

ſe logra obſervando el orden de Mayorazgo regular como yà tenemos fundado con las doctrinas del ſeñor Molina, y ſus Addicionadores, quibus addendi ſunt Lara *de vit.homin.cap.30.num.*114.Roſa *conſult.69.num.*24.

286. Porque fenecidos los llamamientos de agnacion natural por defecto de Agnados verdaderos, no paſſa el Mayorazgo à otra calidad irregular, no aviendo diſpoſicion expreſſa del Fundador que diſponga alguna irregularidad en el modo de ſucceder, ad tradita per Roxas *de incompat.p.*1.*cap.6.num.*313. & *ſeqq.* Lara *de vit. homin. cap.30.num.*84. D. Caſtillo *lib.* 5. *controv. cap.* 92. *num.* 6. Roſa *conſult.69.num.* 24. baſtando qualquiera duda para excluyr al que ſe incluye con calidad irregular, como prueba con muchos Torre *de maiorat.tom.*1.*cap.*15.*n.*36.

287. Y aun en caſo que pudiera conſiderarſe apetecida por el Teſtador alguna calidad irregular, tampoco podria valerſe de ella el Duque de Gandia para fundar ſu incluſion; pues por falta de los Agnados naturales, para continuar la ſucceſion con calidad irregular avian de entrar los Agnados artificiales, (*ut diximus ſupra part.*1.*num.*118. & 119.) cuya circunſtancia no puede mejorar la pretenſion del Duque de Gandia en eſta vacante; porque probando ſu deſcendencia de Don Franciſco Gilabert Centellès (*num.* 14.) con interpoſicion de Doña Magdalena (*num.*37.) no puede verificar la calidad de Agnado artificial, como prueban Roxas *de incompat.p.*1.*cap.6.num.*309 Carol.Anton.de Luca *de lin.legal.art.*10.*num.* 8. Pegas *de maiorat.tom.*2.*cap.* 14. *num.* 1. Luca *de fideicom. diſc.* 28. *num.*8.Vela *diſert.*49.*num.*45.57.& 86.

288. Puede recurrir el Duque de Gandia à buſcar incluſion en el llamamiento de la Clauſula del Teſtamento de Don Lope Ximenez de Urrea (*num.* 11.) en que dize: *Et ſi contecerà todos los ſobreditos morir ſin fillos Varones*

nes legitimos, & de legitimo Matrimonio procreados, lo que Dios no quiera; queremos, ordenamos, & mandamos, que los ditos nuestros Castillos, Villas, & Lugares sean, tornen, & vingan de, & al Parient nuestro mas cercano qui à la hora vivô serà, è se trobarà fillo, ò successor de las ditas nuestras fillas, ò de los fillos de aquellas, legitimo, & de legitimo Matrimonio procreados. Pero se debe reparar, en que dicho llamamiento està concebido baxo la condicion de morir Don Lope (*num.* 15.) sin hijos Varones; y aviendo tenido en hijos legitimos à Don Miguel (*num.* 18.) à Don Pedro Manuel (*num.* 19.) y à Don Juan (*num.* 20.) no ha podido llegar el caso de poder succeder el fillo, ò successor de Doña Beatriz (*num.* 14.) por no averse verificado la deficiencia sin hijos Varones de Don Lope (*n.* 15.) pues de otro modo se haria ilussoria la providencia dada por el Testador para que passara la succesion de los bienes, que avia radicado en sus hijos Varones, al hijo, ò successor de las hijas, cuya substitucion, assi por ser la ultima en el orden de la letra, como en el de la voluntad, ex Casanate *cons.* 2. *num.* 20. & *cons.* 57. *num.* 82. no debe, ni puede hazerse lugar sin verificacion de la muerte sin hijos Varones de dicho Don Lope (*num.* 15.)

289. Y quando por considerarse apetecida la perpetuidad por el Testador se deba comprehender, que la ultima substitucion del Pariente mas cercano, debe hazerse lugar aun en el caso de la muerte con hijos Uarones de D. Lope (*num.* 15.) podrà tener lugar esta consideracion en defecto de todos los descendientes de los hijos Uarones de dicho Don Lope, en cuya classe està la Condesa Doña Antonia; pero no con prelacion absoluta en concurso de los comprehendidos en los primeros llamamientos; pues del mismo modo que influyen las congeturas de perpetuidad, para que in quocumque casu, assi de morir

rir

rir ſin hijos Varones Don Lope, como de faltar eſtos, y ſus deſcendientes, ſucceda el Pariente mas cercano deſcendiente de las hijas del Teſtador, influyen tambien para que ſuccedan, por via de Mayorazgo, los deſcendiendientes de los hijos Uarones de dicho Don Lope, ſegun los llamamientos legales que ſuple el derecho; y aſsi no debe ſer mas eficàz la perpetuidad del Mayorazgo que para inducir la conſervacion de los bienes en todos los llamados, pero no para conſiderar calidad prelativa, y abſoluta en la ultima ſubſtitucion para excluſion de los contemplados en las primeras lineas.

290. A lo dicho ſe aumenta, que en dicha Clauſula final ſolo eſtà llamado el Pariente mas cercano, fillo, ò ſucceſſor de las hijas del Teſtador, ù de los hijos de aquellas, en cuyo llamamiento no puede al parecer entenderſe comprehendido el Duque de Gandia, por no ſer propiamente hijo, ni ſucceſſor de Doña Beatriz (*n.*14.) ni de Don Juan ſu hijo (*num.* 17.) ſino de Doña Magdalena (*num.*37.) y de Don Franciſco ſu hijo (*num.* 48.) porque de otro modo ſeria ocioſa la calidad prelativa à las hijas del Teſtador, y los hijos de ellas; pues en qualquier caſo, y en qualquier deſcendiente de Doña Beatriz, y de qualquier hija del Teſtador ſe verificaria ſu diſpoſicion.

291. Lo otro; porque la diſpoſicion de dicha Clauſula final no contiene expreſſa providencia, contraria, y repugnante à las diſpoſiciones del derecho; pues ſupueſta la perpetuidad del Mayorazgo, neceſſariamente debian ſucceder los deſcendientes de las hijas, deſpues de extinctas, y fenecidas las lineas de los llamados en primero lugar por el Teſtador, ex latè congeſtis à Caſanate *conſ.*51.*à n.*3.

292. Demàs, que no aviendo explicado el Teſtador calidad alguna prelativa, clara, y abſoluta en contrapoſicion à los deſcendientes de ſus hijos Varones, ſe debe enten-

entender dicha substitucion prout de jure, y sin circunstancia, ni calidad correctoria de las disposiciones del derecho, Casanate *d.cons.51.num.7.* ibi: *Quod argumentum efficatius confirmatur, nam prædicta regula*, quod expressio ejus quod tacitè inest, nihil operatur: sed censetur facta causa dubitationis tollendæ, & ad maiorem declarationem ejus, quod tacitè inest, *non solum procedit quando clarè constat, & apparet quod est expresio ejus quod tacitè inerat, ut in casu tex.in d.l.3. sed etiam quando dubitatur, quomodo expressum sit, & quomodo expressum debeat inteligi: An scilicèt comodo, quod tacitè inerat, an verò aliter quam tacitè inesset, quia in dubio semper debet assumi interpretatio quod expresio ejus, quod tacitè inest, facta sit ex abundanti, & per eum modum, quo tacitè inest.*

293. Pero aun en caso que de las palabras, Pariente nuestro mas cercano fillo, ò succeffor de las dichas nuestras fillas, pueda inducirse prelacion exclusiva de las hembras; se deberà ceñir, y limitar à las hembras descendientes de las hijas, ò hijos de las hijas del Testador, pero no deberà calificarse prelativa com omnimoda exclusion de las hembras descendientes de los hijos Varones del Testador; assi por no aver letra en dicha Clausula que explique semejante providencia, en la forma que lo previenen los Autores para inducir semejante irregularidad, ut probant D.Molin.*de Primog.lib.3.cap.4.num.38.* ibi: *Ex his autem quæ prædiximus non inficiamur, quod si ex evidentissimis, & clarissimis conjecturis constiterit maioratus Institutorem ejus voluntatis fuisse, ut fœminæ, propter masculos remotiores excluderentur, ea voluntas quæ id precissè colligatur sequenda sit; immò verissimum esse profitemur eam in hoc casu omnino sequendam esse, dummodo conjecturæ ejus qualitatis sint, ut nihil aliud inducere valeant, nec aliquà juridica ratione subterfugi queant*; cum alijs. Rosa *consult.*

69.

*69.num.*28. como por ſer regla cierta, que la prelacion, y predileccion del llamado en un caſo expecifico, no debe extenderſe à otros caſos en que milita diferente razon, y ſe encuentra diverſa diſpoſicion eſtablecida por el Teſtador, Torre *de maiorat.tom.3.deciſ.5.num.64.*

194. Todo lo dicho tiene mayor ponderacion en nueſtro caſo, porque el Teſtador no formò linea en hija alguna ſuya, ni en hijo alguno de ſus hijas, como reſulta de dicha Clauſula final; por cuyo motivo no puede conſiderarſe aver querido atribuyr prelacion alguna à favor de ninguno de los deſcendientes de dichas ſus hijas, ni de los hijos de ellas, ex Torre *de maiorat.p.*1.*cap.*41.§.7.*num.*28. ſingularmente contra los deſcendientes de Don Lope Ximenez, nombrado por el dicho Teſtador, y en quien encabeçò la ſuccesſion de ſus bienes, reſpecto del qual ſe manifieſta notoria la predileccion del Teſtador, y prelacion que quiſo atribuyr à ſu linea; por ſer cierto, que la afeccion que explica el Teſtador à favor del primero llamado, ſe eſtiende à beneficio de todos ſus deſcendientes, como prueba Fontanela *decis.*146.*num.*10. Torre *de maiorat.p.*3.*deciſ.*5.*num.*6.

295. En el caſo preſente es indubitable, que el Teſtador no diò providencia alguna reſpecto de atribuyr à los llamados otra, ni mas calidad prelativa, que la que reſulta del orden de las lineas de ſus hijos, y ſu hermano Don Pedro; pues reſpecto de los comprehendidos en cada una de ellas, ſupueſta la perpetuidad, ſe reduce ſu diſpoſicion, à que en caſo de morir el primero, ò los hijos de aquel Varones ſin hijos Varones, ſucceda ſu hijo Don Pedro ſi vivo ſerà, y ſi vivo no ſerà ſus hijos Varones, dando la miſma providencia reſpecto de ſu hermano Don Pedro, y ſus hijos Varones: De lo qual reſulta, que una vez radicada la ſuccesſion en un hijo Varon de Don Lope (*n.* 15.)

lar,

debe governarſe la ſuccesion por via de Mayorazgo regular, por no aver diſpueſto coſa en contrario el Teſtador, ſegun lo previene *la Ley* 40.*de Toro*, hodie *l.*5. *tit.* 5. *nov. recopil.*

296. Porque ſi aun en caſo de aver diſpueſto el Teſtador, que en la ſuccesion de ſus bienes ſean preferidos los Uarones à las hembras, ò que las hembras ſean excluydas por los Varones, ò que no ſuccedan las hembras ſino en defecto de Varones, deben entenderſe dichas Clauſulas de los maſculos de la miſma linea, y grado, pero no abſoluta, de los maſculos de diverſa linea, ò grado mas remoto, no aviendo otras demonſtraciones que evidencien la excluſion de la hembra de mejor linea, por el maſculo de linea inferior, ex D.Molin. *de Primog.lib.*2.*cap.*4.*num.* 38.& *cap.*5.*num.*7. & 72. ubi Addentes, ut pluries ita deciſſum, & obſervatum refert Salazar *de uſu & conſuetud.cap.*12.*num.*65. D.Larrea *deciſ.*34.*num.*26. D. Valenzuela *conſ.*97.*num.*111.Suelves *conſ.*5.*cent.*2. *num.* 48.& 49.Con ſuperior razon deberà practicarſe eſta regla en un caſo no prevenido por el Teſtador en ninguna de las Clauſulas de ſu diſpoſicion.

297. Lo miſmo ſe convence de la Clauſula final de dicho Teſtamento, pues para el caſo en ella prevenido de morir los ſobredichos ſin fillos Varones, no diò otra, ni mas providencia que el dexar los bienes al fillo, ò ſucceſſor de las dichas ſus hijas, ò de los hijos de aquellas; con que yà radicada la ſuccesion en el Pariente mas cercano ſuyo, no ay regla en dicho Teſtamento reſpecto del modo con que en el progreſſo ſe deba governar la ſuccesion, y aſsi parece, que avria de correr por las reglas de Mayorazgo regular; y ſi entre los llamados en ultimo lugar no ſe puede conſiderar calidad prelativa abſoluta de Varones contra las hembras de la miſma linea, menos pare-

ce que ſe puede pretender contra la hembra de la linea predilecta, donde ſe halla radicada la ſuccesion.

298. Sin que pueda ſer de reparo el dezir, que aviendo llamado el Teſtador à ſus hijos Uarones, y à los hijos Uarones de ſu hermano Don Pedro, y al fillo, ò ſucceſſor de las hijas del Teſtador, ù de los hijos de ellas; ſe infiere que ſu voluntad fue, que ſuccedieran los Varones mientras los hubiera con prelacion excluſivà de las hembras. Porque ſe reſponde, que todo lo diſpueſto por el Teſtador termina unicamente en dàr providencia para el ingreſſo de la ſuccesion radicandola en Varones, ſegun el orden con que los nombraba con relacion, y limitacion al tiempo de deferirſe la ſuccesion; lo uno, porque regularmente es à lo que principalmente ſe preſume que atienden los Teſtadores, ut latè probat Torre *de maiorat. tom. 3. deciſ. 7. num. 7.* lo otro, porque lo perſuade aſsi el contexto de todas las Clauſulas de dicho Teſtamento, ſegun reſulta de las palabras *en dito caſo*, y las de la Clauſulà final, *al Parient nueſtro mas cercano, qui à la hora vivo ſerà, è ſe trobarà*, las quales todas ſon relativas al tiempo de deferirſe la ſuccesion; pero reſpecto del progreſſo de ella no explicò el Teſtador circunſtancia alguna excluſiva de las deſcendientes de hembras de ſus hijos Varones, por cuyo motivo no puede arguirſe de lo diſpueſto en el ingreſſo de la ſuccesion para dàr regla en lo concerniente al progreſſo de ella, ut latè probat Torre *d. deciſ. 7. num. 39.*

299. Todo lo comprueba el ſeñor Valenzuela *conſ. 97. num. 75.* ibi: *Primò quatenus ait, pluries vocaſſe maſculos dictorum filiorum ultra diverſitatem, quæ adeſt inter ipſos, & maſculos D. Eliſabeth deſcendentes, non addit robur expreſio qualitatis maſculinitatis, quia tacitè erat, & naturaliter in præcedentibus verbis, ubi vocaverat filium, Nepotem, & Pronepotem, & quando maſculinitas expreſ-*

ſa,

sa, tacitè inerat, nihil operatur, nec fit repetitio de una persona ad aliam, nec de uno gradu ad alium, L. si in diem, &c. Quia ista masculinitas stat demonstrativè, non dispositivè ad fœminarum exclusionem, & regulariter verba quæ stant demonstrativè non disponunt L. quidam, &c. Et licet daremus fore ad qualificandam dispositionem cum verbo masculinitatis, etiam est de jure planum, quod illud quod opositum est qualificativè non extenditur ad aliam personam, nec gradum, L. filium, &c. Ideò in succesione istorum maioratuum remansit firma regula juris scilicèt, quod vocatio masculi ad ingressum succesionis, solum fit ad ponendum ipsum in persona in qua est radicanda, asignando ordinem prelativum succesionis, & non ad exclusionem fœminarũ. Por cuyos motivos dixo Rosa en la *Consult. 69. n. 41. Vix posse dari hunc maioratum simplicis masculinitatis, qui non habeat secum admixtam rationem agnationis, nisi solum quando ab initio vocantur soli masculi descendentes ex fœmina, absque onere delationis cognominis vel armorum*; cuyas circunstancias se encuentran en dicho Testamento, y ambas exclusivas del Mayorazgo de masculinidad en el dictamen de Rosa.

300. Menos obsta el dezir, que de la Clausula final resulta aver excluydo el Testador à sus hijas para la succesion de sus bienes por no averlas llamado, y que en la misma forma no deben considerarse llamadas las descendientes hembras de los hijos del Testador: Porque de dicha Clausula no puede inferirse que dicho Testador quisiera excluyr de la succesion à sus hijas; pues el no averlas llamado, solo fue por comprehender, que al tiempo de morir todos los antecedentemente llamados sin hijos Varones, no podian vivir sus hijas, y por este motivo quiso habilitar para la succesion al hijo, ò successor de ellas, ù de los hijos de ellas; de cuyas palabras resulta no solo, que

tubo

tubo por verosimil la deficiencia de sus hijas al tiempo de deferirse la succesion, sino que tambien dudò, si en aquel tiempo podria aver hijos de ellas, y por esso aumentò las palabras fillo, ò successor de los fillos de aquellas.

301. Demàs, que aunque en dicha Clausula se entendieran excluydas las hijas del Testador, no podria extenderse dicha exclusion à las hembras descendientes de Don Lope (*num.* 15.) porque en materia odiosa, como es la exclusion de la succesion, no debe extenderse la exclussion de las hijas para excluyr las nietas, ex Casanate *cons.* 38. *num.* 113.

302. Sin que obste el dezir, que el Testador excluyò de la succesion à las hijas de Don Lope, y de Don Pedro sus hijos, previniendo la cantidad en que avian de poder disponer à favor de cada una de ellas en caso de morir sin hijos Varones; pues dicha exclusion tampoco puede influyr para apartar de la succesion à las hembras descendientes de sus hijos, porque no aviendo señalado dote el Testador à sus descendientes hembras, no milita en estas la razon de exclusion que tubo respecto de sus Nietas, à las quales les avia asignado cantidad correspondiente para su dotacion, ex Casanate *cons.*38.*num.fin.* optimè Luca *de fideicom.disc.*232.*num.*23. tratando de la exclusion de las hijas del Testador, ibi: *Neque huic argumento obstat conclusio, quod scilicèt ad exclusionem propiarum filiarum Testatoris, quæ ipsi sunt magis proximæ, inferre non licet ad exclusionem fœminarum procreandarum ab hæredibus institutis, vel earum descendentibus, quoniam id duplicem habet rationem: Vna nempe, quod cum ipse Testator filias providerit, seu provideri mandaverit, atque instituerit filios masculos, ita eas habuerit tamquam extraneas, ideòque ad ulteriores descendentes argui non potest qui, tamquam in casu omisso per Testatorem, remanent in dispositione juris.*

Et

Et altera eſt ratio, quod de hoc agi ſolet cum ulterioribus ſubſtitutis de alio genere prætendentibus excludere fœminas proximiores ſuperſtites ex ultimo moriente, quæ ita contendant potius de retentione, & continuatione bonorum in eo genere, vel in ea linea in quam ingreſſa ſunt; ſecus autem ubi agatur de novo concurſu ex integro, & pro novo ingreſſu in illud genus: Con que no tratandoſe en nueſtro caſo de la continuacion de los bienes en la linea de Doña Beatriz, por no aver entrado jamàs en ella, ſino de la extraccion de dichos bienes de la linea de la dicha Condeſa de Peralada, donde entrò, y ha permanecido haſta de preſente la ſuccesſion de ellos, no ay capacidad para pretender excluſion de la hembra que ſe halla en la linea efectiva, por quien deduce el derecho de ſu incluſion de un llamamiento condicional, y menos predilecto reſpecto de los anteriores llamamientos.

303. Debiendo aumentarſe à todo lo dicho, que en las palabras, Pariente nueſtro mas cercano, que à la hora vivo ſerà, è ſe trobarà fillo, ò ſucceſſor de las dichas nueſtras fillas, no ſolamente eſtàn comprehendidos los deſcendientes Uarones, ſino tambien las deſcendientes, hembras, ex Peregrin. *de fideicom. art. 22. num. 36.* ibi: *Propinquorum autem appellatio omnes ſanguine conjunctos maſculos & fœminas, Agnatos, & Cognatos continet*; y aſsi reſulta, que no puede aver prelacion abſoluta en los deſcendientes Varones de las hijas del Teſtador contra las deſcendientes hembras de las miſmas hijas ſi fueren de mejor linea, y conſiguientemente menos pueden pretender prelacion contra la hembra deſcendiente de Don Lope (*num.* 15.) en cuya claſſe eſtà la Condeſa de Peralada, por ſer la linea predilecta del Teſtador.

304. Y aun quando ſe entendiera, que las palabras, fillo, ò ſucceſſor de las dichas nueſtras fillas, ſolamente

ſon comprehenſivas de quien tubiere la calidad de Varon, y no de hembra alguna, tampoco puede pretender derecho alguno à la ſuccesſion el Duque de Gandia, por quanto no verifica ſer hijo, ò ſucceſſor de Doña Beatriz (*n.* 14.) por ſerlo de Doña Magdalena (*num.* 37.) porque no aviendo habilitado el Teſtador para la ſucceſion al hijo; ò ſucceſſor de las deſcendientes hembras de ſus hijas, no le puede ſufragar el ſer ſucceſſor de dicha Doña Magdalena.

305. Tampoco puede ſer de conſideracion el pretender, que la Condeſa de Peralada no tiene llamamiento alguno en dicho Teſtamento, y que el Duque de Gandia le tiene en la Clauſula final como hijo, ò ſucceſſor de las hijas del Teſtador, ò de los hijos de ellas; aſsi por eſtàr dependiente dicha ſubſtitucion de la condicion de morir ſin hijos Varones todos los antecedentemente llamados, la qual no ſe verificò, como porque, ſupueſta la perpetuidad que ſe pretende, no ay para el caſo ſuccedido, de aver muerto con hijos Varones los hijos del Teſtador, providencia alguna por donde ſe pueda arreglar el tracto ſucceſivo de los bienes en la deſcendencia del que diſpuſo de ellos; por cuyo motivo es preciſo recurrir à las vocaciones legales, à fin de ſuplir los caſos omitidos por el Teſtador.

306. Y de otro modo ſe ſeguiria una diſpoſicion inveroſimil, y repugnante à las diſpoſiciones del derecho; pues tendrian llamamiento literal los comprehendidos en la linea de Doña Beatriz (*num.* 14.) ſubſtituydos en ultimo lugar, y quedarian excluydos de la ſucceſion los deſcendientes de Don Lope (*num.* 15.) que fue la linea predilecta, y contemplada en primero lugar, ſiendo aſsi que no eſtando unos, ni otros in rerum natura al tiempo de la diſpoſicion, no pudo tener razon, ni motivo juridico el Teſtador para atribuyr ſemejante prelacion à los ſubſtituydos

en

en ultimo lugar con tan estraño perjuyzio de los compre-hendidos en la linea del primer llamado, como prueba el Cardin. de Luca *de fideicom. disc. 203. num. 7.*

307. Vltimamente se debe advertir, que el Duque de Gandia no puede ayudarse del llamamiento de Pariente mas cercano, expressado por el Testador en la Clausula final de su disposicion; porque aviendo llamado expecificamente al hijo segundogenito de Doña Beatriz de Urrea, que lo fue Don Juan Querubin Centellas (*num.* 17.) de quien deriba su descendencia el Duque de Gandia, no puede estàr en el llamamiento generico posterior, el que se halla con anterior, y expecifico llamamiento; de lo qual resulta, que el Testador en la Clausula penultima quiso que succedieran los descendientes de Don Juan Querubin Centellas, segundogenito del Conde de Oliva, con la calidad de Agnacion Artificial, por las palabras: *Con semblantes Vinculos, & condiciones de las impossadas por Nos à los ditos nuestros fillos*; y por no aver llamado en dicha Clausula à los hijos Primogenito, Terciogenito, y demàs hijos que dicha Doña Beatriz podia tener, ni los hijos de otras hijas que pudiera aver tenido, ò tener el Testador, suplió este defecto en la Clausula final, aumentando el llamamiento de Pariente mas cercano hijo, ò successor de sus hijas, ò hijos de aquellas: De todo lo qual se infiere con evidencia, que el Duque de Gandia no puede succeder como descendiente del hijo segundogenito de Doña Beatriz, por faltarlele la calidad de Agnado artificial con la interposicion de Doña Magdalena; y que tampoco puede succeder en fuerça de la Clausula final, por no ser descendiente de los demàs hijos de Doña Beatriz, que como no llamados expecificamente en la disposicion del Testador, son los que unicamente pueden estàr comprehendidos en la generalidad de dicha Clausula; pues de otro

modo

modo se seguiria, que la razon exclusiva del hijo Primogenito de Doña Beatriz, que era el ser Conde de Oliva, como oy lo es el Duque de Gandia, no solo no excluyà al hijo segundogenito de la succesion; sino que antes bien le duplicaba el Testador los llamamientos, atribuyendole vocacion expecifica en la Clausula penultima, y llamamiento generico en la Clausula final; lo que no cabe en la letra del Testamento, ni en la verosimil mente de el Testador.

308. Finalmente, de todo lo que se ha fundado contra la pretension del Marquès de Aryza, y Duque de Gandia, parece inegable, que padece alomenos alguna duda la inclusion de entrambos; lo qual es bastante para que con calidad irregular no puedan remover de la succesion a la Condesa de Peralada hallandose con la prerogativa de hija del ultimo Possehedor, ad tradita per D. Molin. *lib. 3. cap. 4. num. 36. & 37.* Mieres *p. 2. q. 6. num. 96.* D. Valenz. *cons. 97. num. 74.* Torre *tom. 1. cap. 25. à num. 26. ad 31.*



PARTE QUARTA.

TRATASE DE EL VINCULO LLAMADO DE LA Vnion, otorgado por el Conde Don Miguel en 10. de Junio de 1545.

309. SIn embargo de las Escrituras que se han referido, deseando el Conde Don Miguel (*num. 18.*) perpetuar la memoria de su Familia, dispuso varios llamamientos en la Escritura llamada de la Vnion, cuya exposicion quedò reservada para este lugar, segun el orden prescrito para la formacion de este Alegato: ò bien considerase

raſe el Otorgante, que los Vinculos anteriores eran temporales, como dexamos fundado, *Part.*2.§.1.*à num.*139. & *Part.* 3. *num.* 256. & §.2.*à num.*272.ò que por defecto de condicion avian caducado las ſubſtituciones, de que ſe ha tratado en la dicha *Part.*3.§.2.*à num.*273.*uſque ad num.* 279. & *ex num.* 281. *uſque ad num.* 284. ò por comprehender, que la union, y agregacion de los bienes con que mejoraba el Mayorazgo, le atribuìa eſta facultad; para lo qual ſe debe tener preſente todo lo que reſulta del Memorial ajuſtado, deſde *la pag.* 407. haſta la 418. ò por juzgar, que la providencia que eſtablecia, era una mera declaracion de la mal explicada voluntad de ſus anteceſſores; lo qual no ſe ha negado, antes ſe halla permitido à los Poſſehedores de los Mayorazgos, optimè Addent. *ad D.Molin.de Primog.lib.*1.*cap.*8.*in fine*, ibi: *Et huic declarationi alioquin ſtandum eſt, aſſertque magnum veritatis ſpecimen, cum veroſimilius tunc poſſeſſor maioratus defuncti voluntatem agnoſcat, quibus adſtipulari poſſunt tradita per Menoch.&c.*

310. Singularmente aviendo merecido dicha diſpoſicion, la aprobacion de los tres Sobrinos del Uinculante, que como mas intereſſados en la ſucceſion de los bienes, ſobre la proximidad del parenteſco, ſe preſume eſtarian llenamente informados de las facultades del Conde Don Miguel para el eſtablecimiento de dicho Mayorazgo, *per text.in leg. Octavij* 9. *ff. unde cognati*, ibi: *Quia veroſimile non videbatur tam conjunctum ſanguine defuncti valetudinem ignoraſſe.Leg.de tutela* 7.*C.de in integr. reſtit.* ibi: *Quem ignarum ætatis ſuæ non fuiſſe, tam officium tutelæ, quam ſanguinis proximitas arguit.Leg.ſi filium* 37.*C.de liberal.cauſ.* ibi: *Quia tam proxima neceſſitudine conjunctus, conditionis ignorantiam ſimulare non poteſt.*

311. Lo cierto es, que dicha formacion de Mayorazgo

razgo ha ſido reconocida, y aprobada por todos los que han ſuccedido en los bienes comprehendidos en la Eſcritura de Vnion; y que repetidas vezes ſe le ha dado execucion en los Tribunales con prolixo examen de los Vinculos antiguos, de que ha reſultado una obſervancia uniforme, que al parecer califica la legitimidad, y ſubſiſtencia de dicha Eſcritura, para que por ella ſe defiera la ſucceſſion de eſtos bienes, no ſolo en eſta vacante, ſino en las demàs que en adelante ocurrieren, ſegun la doctrina de Pegas *de maiorat.cap.*10.*num.*225. ibi: *Conſuetudo ſuccedendi, etiam mutata ſubſtitutionis forma, inducitur ex bono actu per tempus longiſsimum.*

312. Pues aunque ſe opone contra la ſubſiſtencia de dicho Uinculo, que no pudo atribuyr al Conde Don Miguel facultad de aumentar Vinculos, la agregacion de bienes, por aver gravado el Eſtado en ſeſenta mil libras de Cenſos; ſe deben tener preſentes las ſiguientes conſideraciones. La primera es, que por los Autos no conſta, que excedan los cargamientos la cantidad de cinquenta, y un mil, ochocientas, ochenta, y una libras. La ſegunda, que el Conde Don Miguel donò las Uillas, y Lugares del Condado de Aranda à ſu hijo Don Hernando en el Contracto Matrimonial con Doña Juana de Toledo, para deſpues de ſus dias, en 14. de Febrero de 1529. y por eſta Donacion eſpecial, ſobre la prohibicion que reſulta de los Uinculos à favor de Don Hernando, no podia gravar los bienes donados con Cenſos, ni otras obligaciones à ſu perjuyzio, y de los contemplados, *ex text. in leg. perfecta donatio cod. de donat. quæ ſub mod.* Anton. Gomez *leg.* 17. Thaur. *num.*22. Peralta *in leg. cum Pater* §. *à filia num.* 22. *ff. de leg.*2. Mieres *de maiorat. p.*1. *quæſt.*26. *num.*4. & 5. & *quæſt.*44. *num.*11. D. Molina *de Primog. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 37. D. Caſtillo *lib.*5. *cap.* 10. *num.* 1. & 6. ſin embargo de

las

las practicas antiguas que aprobaban estos cargamientos in casu simplici, sin extension à los mandados por la exorbitancia de gravar los bienes vinculados, segun el comun axioma: *Quod mixtum non comprehenditur in casu simplici, nec dispositio loquens de simplici, locum habet in mixto, in odiosis, seu alias in mataria strictè interpretanda, seu exorbitanti, aut correctoria, nec in respicientibus præjuditium tertij.* Barbosa *axiom.* 152. *num.* 11. *& seqq.*

313. Y observando, que los Censos posteriores à la referida Donacion del año 1529. importan quarenta mil, trescientas, y quarenta y cinco libras, resulta que en esta cantidad no gravò, ni podia gravar el Conde Don Miguel à el Estado de Aranda à perjuyzio de su hijo Don Hernando, y successores; porque solamente seria eficàz la obligacion durante su vida, y si permanece el gravamen, debe atribuyrse à Don Hernando que aprobò, y confirmò la imposicion de los Censos; *Quia confirmatio ejus efficit pactum reale quod alias erat personale, verba text. in cap. penult. de confirmat. util. vel inut. cap. veniens* ubi *glos. verbo confirmatam de transact.* y las acciones se aplican al que les dà fuerça, y autoridad, y no al que concurre en su execucion, *ad text. in leg. item eorum* §. *si Decuriones ff. quod. cujusque universitat.* D. Valenz. *cons.* 155. *à num.* 21.

314. La tercera, que en la referida cantidad de quarenta mil, trescientas, quarenta y cinco libras se hallan Censos que importan diez y ocho mil, veinte y cinco libras en que no està obligado el Conde Don Miguel, y consiguientemente no debe hazersele cargo de esta cantidad; pues aunque diò licencia à los Lugares para obligarse, no induce la concession de la facultad, hypoteca contra el Señor de ellos, y se contrahen las obligaciones à los Vassallos, que no podian cargar, ni hypotecar sus bienes sin licencia, Portolès *ad Molin. verb. Vassallus num.* 22. alli:

Mo-

Molinus dicit, Vassallos non posse absque consensu Domini sui instrumento censualis alteri se obligare, nec censuales se constituère, Felin. *in cap. licet causam num.* 12. *de probat.* con otros.

315. Y aunque se exhibe indemnidad de el Conde Don Miguel en lo que respecto de algunos Censos se obliga à los Lugares à satisfacerlos, y pagarlos, reconociendo se cargaron à su beneficio; esta obligacion no es transcendental à los successores, ni al Estado, sino personal, y feneciò, y se extinguiò por su muerte; porque el reconocimiento, y confession voluntaria del Possehedor del Mayorazgo es de ningun efecto à perjuyzio de los successores, *Leg. Peto §. fratre ff. de legat.* 2. Uela *disert.* 38. *num.* 77. *& seqq.* Monter *decis.* 1. *num.* 9. Suelves *cons.* 9. *num.* 42. ni por la correspectividad al cargamienro de los Censos en que otorgò la indemnidad, puede inducirse gravamen contra los successores, Sessè *decis.* 9. *num.* 13. allí: *Neque contra tertium, sed solum contra ipsos contrahentes, & inter ipsos.*

316. En consequencia, estando contrahida, y limitada la practica en Aragon de obligar en Censos los Possehedores de Mayorazgos à los successores al caso especialissimo de otorgarlos el Señor, y Vassallos, no puede estenderse la obligacion de la indemnidad contra los successores, *etiam ex identitate rationis*, como dezia Suelves *d. cons.* 32. *num.* 5. alli: *Cumque correctoria juris sit, adeoquè nociva, strictissimè inteligenda, ac extra propium casum non admitenda, etiam ex identitate rationis*, cita à Baldo, Angelo, Sessè, y otros, idem Suelves *semicent.* 1. *cons.* 33. *num.* 28. cita la observancia tercera *tit. de declarat. monetat.* Molino, Portolès, y Bardaxì con otros muchos.

317. Además, que no conteniendo la indemnidad obligacion à favor de los Censalistas, sino solamente una fia-

fiaduria à beneficio de los Lugares , ex Cencio *de censib. quæst.75.num.3.*Gracian. *discept.forens.cap.* 130. *num.* 24. Fontanell.*de pact.claus.4.glos.*18.*p.*3.*à num.*13.no pueden valerse los Censalistas contra el Possehedor del Mayorazgo , ni los Lugares contra los Successores , sino unica , y solamente contra los bienes propios del que la otorgò sin extension à los que tenia obligacion de restituyrlos , porque no los puede hypotecar à perjuyzio de los successores con otro instrumento que el Censuario, segun la practica del Reyno que por beneficio publico ha tolerado contra el derecho esta singular , y expecifica obligacion de Señor,y Vassallos en una Escritura à favor del Censalista.

318. La quarta , que las Aljamas , ò Concejos de los Moros estàn obligados juntamente con el Conde Don Miguel en seis mil, quatrocientas, sesenta libras de los Censos anteriores à la Capitulacion Matrimonial; y las haziendas, y bienes raìzes de estos,que son muchos,quedaron incorporados al Estado de Aranda en la expulsion de los Moriscos hechà por el Señor Rey Don Phelipe II. de Aragon el año 1611.segun la observancia 2. *de Iudeis* , *observ. item in Aragonia de general.privileg.*Sesè *decis.73.num.*17. Y aunque la obligacion de pagar los Censos quedasse à perjuyzio del Successor , quedò compensada con la incorporacion à su mayor beneficio , como es notorio , & tradit Pater Fr. Marcos de Guadalaxara *en el Tratado especial de la expulsion de los Moriscos, fol.*126.*& seqq.*

319. La quinta , que el Marquès de Aryza , opone en la Replica con generalidad : no aplicò el Conde Don Miguel bienes equibalentes para tener accion de aumentar Uinculos , omitiendo la excepcion de los Censos , de la qual haze alegato especial en la triplica para dexar à los Condes de Peralada sin termino de contradecir , por ser el ultimo que segun las antiguas leyes estaba señalado para

defenſa de las excepciones que debian oponerſe en la replica; por eſta cauſa ſe halla eſtablecido en las Cortes del año 1626. Fuero eſpecial de las triplicas, baxo el titulo *tiempo para triplicar en el Proceſſo de Aprehenſion*, para poder ſatisfacer las excepciones opueſtas en la Replica, en la qual debia el Marquès aver explicado el cargamiento de los Cenſos, como excepcion impeditiva de la facultad del Conde Don Miguel, ex Molino *verb. firma fol.* 144. *col.* 1. Bardaxì *in foro* 25. *de aprehenſ. num.* 26. y aviendolo omitido, parece, ſe hizo con premeditacion para dexar à los Condes ſin defenſa, ni accion de triplicar en eſte punto eſpecial contra la diſpoſicion del Fuero que previno eſte inconveniente, diziendo: *A cuya cauſa muchos de los Litigantes quedan indefenſos, y ſin poder alegar los fundamentos de Juſticia que tienen para enerbar lo deducido contra ellos*; y por lo miſmo reprueba el derecho los alegatos, documentos, y probanças preſentadas en termino que no pueden ſer contradichas, D. Matheu *de regim. Reg. Valent.* §. 2. *num.* 38. que concluye con eſta razon: *Fieret namque ejus conditio deterior ex ommiſione, & culpa adverſarij, quod jus non patitur, ex text. in leg. non debet de reg. jur.* Surdus *deciſ.* 102. *num.* 1. Ripol. *ad Peguer. in prax. rubric.* 12. *num.* 18.

320. Y aun quando no concurrieran eſtas circunſtancias, no ſe deberia dexar de hazer merito de la agregacion de tan eſtimables bienes por el gravamen de impoſicion de Cenſos que ſe pondera, aviendolos empleado en tan grandes, y continuados ſervicios como hizo à los Señores Reyes Don Fernando el Catolico, y Emperador Carlos V. de los quales reſultò el mayor luſtre, y eſtimacion de ſu Caſa, y Familia, ſegun parece por los Anales del Reyno del año 1518. que diò à la luz publica el Doct. Don Diego Joſeph Dormèr, Coroniſta de ſu Mageſtad, y Ma-

Mayor del mismo Reyno, Arcediano de Zaragoça en la Santa Iglesia Cesaraugustana, donde dize: *Que el Señor Emperador Carlos V. despachò otra Cedula, ofreciendo à Don Miguel Ximenez de Vrrea Conde de Aranda, que siempre que se declarasse en Justicia à su favor el Señorio que pretendia de Gerica, Pina, y San Pedro de Belmonte, le daria titulo de Duque de Gerica; sirviò el Conde el año 1503. en la Guerra de Calabria, y el de 1526. fue à Fontarrabia à recebir la Reyna Doña Germana de Fox; y el mismo año se embarcò con el Rey Catolico para passar à Napoles, y el de 1512. se mostrò mucho en la Guerra de Navarra, y aviendo competencia entre este Conde de Aranda Don Miguel, y el de Ribagorza Don Juan de Aragon, sobre cubrirse delante del Rey por la Grandeza de sus Casas, les fue mandado que no lo hiziessen; pero poco despues el año 1512. diò el Rey titulo de Duque de Luna à Don Juan de Aragon, y consiguiò por èl la Cobertura. La emulacion entre estas dos grandes Casas excitò en la de Aranda el cuydado de obtener otro titulo de Duque para gozar del mismo honor; logròlo sin èl, el año 1626.*

321. A esto se aumenta la merced que obtubo el Conde Don Miguel del Señor Rey Don Fernando, de que le expidiò su Real Despacho en Zaragoça à 31. de Março de 1503. por el qual cede, renuncia, concede, y transpassa à su favor, y de sus successores, todos, y qualesquiera derechos, y acciones con que assi su Real persona, como las de sus successores pudiessen pedir las Villas de Rueda, Epila, Vrrea, Noella, Mesones, Tierga, Xarque, Aranda, Luzena, Almonazil, y Lugar de Morès; y este, y los demàs Privilegios que obtubo, los honores, y bienes que agregò al Estado, no permiten que venga en consideracion el cargamiento de Censos que se pondera, pues sin ellos no era dable que pudiera desempeñar sus continua-

dos

dos ſervicios, de los quales era mas razon que ſe oyeràn gracias, que impugnaciones, juxta illud Tibull. *lib.* 4. *ſed Generis priſcos contendis vincere honores.*

322. Entrando, pues, à tratar de las calidades de eſte Mayorazgo, debemos prevenir, que ſe vale de dicho Vinculo el Conde de Berbedèl, que es uno de los opueſtos en eſte Pleyto; y por fundarſe el merito de la excepcion que ſe le opone en probanças ſumamente difuſſas, ha parecido, que podian dàr materia baſtante para formar ſeparado Alegato, fundando todos los meritos de ſu excluſion.

323. Tambien ſe valen de dicha Eſcritura la Condeſa de Peralada, y el Marquès de Torres. Y para mayor claridad del derecho de ambas Partes, ſe dividirà la expoſicion de eſte Vinculo en quatro §.§. En el primero ſe probarà, que dicha Eſcritura no contiene fundacion de Mayorazgo con irregularidad perpetua. En el ſegundo, ſe darà ſatisfaccion à los reparos que ſe pueden ponderar à favor de la irregularidad. En el tercero, ſe fundarà la incluſion de la Condeſa de Peralada. Y en el quarto, ſe manifeſtarà la excluſion del Marquès de Torres à la ſucceſſion de eſte Mayorazgo en fuerça de dicha Eſcritura.

§. I.

EN QVE SE EXPONE LA CALIDAD DE EL Mayorazgo fundado en la Eſcritura de Vnion.

324. DEſeando el Conde Don Miguel (*n.* 18.) perpetuar la memoria de ſu Familia quiſo, *que ſus bienes ſe mantuvieran unidos, è indiviſſos, haziendo un cuerpo, y Mayorazgo*, ſegun reſulta de la Clauſula primera. Y teniendo preſente eſte fin, como unico objeto de ſu voluntad, diſpuſo veinte llamamientos en dicha

Eſcri-

Eſcritura de fundacion, de los quales los ſeis primeros comprehenden à Don Juan Ximenez de Urrea ſu Nieto (*num.*38.) ſus hijos, y deſcendientes por recta linea maſculina legìtimos, y de legitimo Matrimonio procreados de uno en otro, y de mayor en menor; à los hijos que tubiere en Doña Barbara de Monſalve. A Don Lope, y Don Manuel de Urrea ſus ſobrinos, que murieron ſin ſucceſſion. A Don Miguel de Vrrea ſu ſobrino (*num.*27.) En falta de todos ellos al Hermano del Vinculante que fuere vivo quando vacare la ſuccesion; y à todos con las miſmas calidades que contiene el primer llamamiento. De todos los quales no ay perſona habil, y capaz para ſucceder en el preſente Mayorazgo, ſegun lo prevenido por el Fundador en dicha Eſcritura.

325. En falta de los ſobredichos llama en ſeptimo lugar à Doña Maria de Urrea ſu Nieta, hija de Don Hernando (*num.*26.) y de Doña Juana de Toledo, y ſus deſcendientes Varones por recta linea maſculina, con los Vinculos ſobredichos. Y en la miſma forma llama deſpues à Doña Catalina tambien Nieta ſuya; deſpues à ſu hija Doña Ana; y à falta de eſtas à las hijas que tubiere de Doña Barbara de Monſalve: Y tampoco de eſtas lineas ay perſona alguna que pretenda la ſucceſion en eſta vacante.

326. En falta de todas las ſobredichas, y ſus deſcendientes Varones por recta linea maſculina, llama à las hijas de ſu nieto Don Juan en la miſma forma; y deſpues à las hijas de ſus tres ſobrinos Don Lope, Don Manuel, y Don Miguel hijos de ſu hermano Don Pedro, prefiriendo las de Don Lope à las de Don Manuel, las de eſte à las de Don Miguel; entre las hijas de cada uno de ellos, la mayor à la menor, y ſus lineas maſculinas reſpectivamente. Y tampoco de eſtas lineas litiga deſcendiente alguno, ſino es la Condeſa de Peralada.

327. En falta de todas las perſonas llamadas en las Clauſulas antecedentes, llama à los Varones deſcendientes de ſus nietas, hijas de Don Hernando ſu hijo. En defecto de eſtos llama à los deſcendientes Varones de ſus hijas. Deſpues llama à los deſcendientes Varones de las hijas, y deſcendientes hembras de ſu nieto Don Juan. Y en ultimo lugar en falta de todos los ſobredichos, llama à los deſcendientes Uarones de ſus ſobrinos Don Lope, Don Manuel, y Don Miguel; y concluye reſervandoſe facultad de añadir, y aumentar otros llamamientos en ſu Teſtamento, ò Codicilo.

328. En toda la ſerie de eſtos llamamientos, no ſe encuentra circunſtancia alguna q̃ pueda ſacar de la esfera de regular eſte Mayorazgo, lo qual era preciſo para poder excluyr de la ſucceſion à la Condeſa de Peralada; pues debia probarſe, que dicho Mayorazgo era irregular, ò por ſer abſolutamente agnaticio, ò por averſe fundado con el fin de conſervar la agnacion natural, ò artificial, ò por averſe inſtituydo en beneficio de la maſculinidad; y nada de eſto reſulta de las Clauſulas de la fundacion.

329. Que eſte Mayorazgo no ſea meramente agnaticio, lo convence la letra de la Eſcritura; pues aunque en los ſeis primeros llamamientos ſe entienda eſtàr comprehendidos tan ſolamente los Agnados; termina en ellos el concepto agnaticio, por paſſar inmediatamente al llamamiento de hembras, en las quales inevitablemente debe ceſſar la agnacion, por no ſer capaces de conſervarla, ſino antes bien de acabarla, y extinguirla, como prueba con gran copia de Autores Aguirre *de ſucceſ. Regn. Portugal. p. 2. num.* 133.

330. Y aſsi la agnacion contemplada por el Inſtituyente fue temporal, y limitada à las perſonas determinadas, y comprehendidas en los ſeis primeros llamamientos,

como

como ſe decidiò en el Pleyto de Doña Juana de Toledo en la ſubrogacion obtenida por el Conde de Aranda Don Pedro Pablo (*num.62.*) Abuelo de la Condeſa de Peralada, ſegun reſulta del motivo de la Real Audiencia, ibi: *Cum verſemur in maioratu inquo Agnatio contemplata tantum fuit in certis vocationibus quibus deficientibus, prout verè defecerunt, fœminæ & earum deſcendentes ſemel & iterum invitatæ fuerunt.* Porque no contiene repugnancia alguna, que un miſmo Mayorazgo comprehenda llamamientos de agnacion contrahida à ciertas, y determinadas perſonas, y que por ſu deficiencia, reaſuma el Mayorazgo ſu naturaleza regular, Addentes ad D.Molin. *lib.3.cap.5.num.*52. D.Caſtillo *lib.* 5. *controv. cap.*92.*num.*11. Suelves *lib.3.conſ.*5.*num.*51.& 52. Torre *tom.*1.*cap.*25.*num.*18. Roſa *Conſult.*69.*num.*24.& 48.

331. Tampoco ſe fundò eſte Mayorazgo con el fin de conſervar la agnacion; porque ſiempre que en la Eſcritura de fundacion tienen llamamiento las hembras, como en nueſtro caſo le tienen, ceſſa la preſſumpcion del concepto agnaticio, ſegun lo enſeña por principio de regla el ſeñor Molina *lib.3.cap.5.num.* 30. ibi: *Quoties in aliqua parte ſeu Clauſula Primogenij, vocantur fœminæ, etiamſi pluries in eo Primogenio maſculi vocati fuerint, non cenſetur habita agnationis ratio, ſed ſolum prælatio maſculis tributa, ita ut in eorum defectum fœminæ ejuſdem gradus ſuccedant*; à quien ſiguen con gran copia de Autores Ramona *Conſ.*100.*num.*406.D. Valenz. *conſ.* 97. *à num.* 84. Caſanate *conſ.*4. *num.* 205. Seſsè *deciſ.* 254.*num.* 105. D. Caſtillo *lib.6.cap.*133.*num.*3. Perez de Lara *de vit. homin. cap.*30.*num.*82.83. & 98. los quales reſponden al argumento que regularmente ſe deduce de la repeticion de la maſculinidad.

332. Ni eſte Mayorazgo es de agnacion artificial; por-

porq̃ esta calidad como mas odiosa, no se infiere por pressumpciones, sino por expression evidente de la voluntad del que lo funda, ex Perez de Lara *de vit. homin. cap. 30. num.* 116. ibi: *Multo magis ad inducendam hanc agnationem in Familia extraneorum, quasi per alchimiam ortam*; Roxas *de Incompat. p.* 1. *cap.* 6. *num.* 112. ibi: *Ab hinc sum semper & constanter in sententia, quod nisi expressis verbis dictum sit, succedant de masculo in masculum ex fœmina, non datur, nec admiti unquam debet agnatio fictitia.*

333. Y en nuestro caso, no solo no consta por evidencia, que el Vinculante apeteciò la agnacion artificial, sino que antes bien resulta lo contrario; pues para introducir la agnacion ficticia, extinctos los agnados naturales, y verdaderos, debia aver llamado à los Varones descendientes de las hembras de uno en otro; y no lo hizo assi, sino que despues de sus descendientes Varones de Varones, y de Don Lope, Don Manuel, y Don Miguel sus sobrinos, encabeçò la succession en las hembras con los llamamientos de sus nietas, de sus hijas, y las hijas de sus sobrinos; Assi lo explica Casanate *Cons.* 20. *num.* 29. ibi: *Altera vero artifitialis, quæ in descendentibus à fœminis sustinetur, supplendo & reparando defectum naturæ, quasi per artifitium, & industriam.* Roxas *de Incompat. p.* 1. *cap.* 6. *num.* 309. ibi: *Linea artifitiosæ, seu fictæ agnationis est, quando Institutor maioratus Agnatos non habet in quorum personis & vocationibus posit veram & propiam agnationem instituere, & ideò eam fictam instituit, vocando masculos, de masculo in masculum ex fœminis.* Y por conclusion de regla la siguen el señor Castillo *lib.* 5. *cap.* 133. *à num.* 12. Addentes ad D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *à num.* 45. *ad* 50. D. Larrea *decis.* 34. *num.* 2. & 49. Uela *disert.* 49. *num.* 45. 57. & 86. Mieres *de maiorat. p.* 2. *q.* 6. *num.* 236. Torre *de maiorat. tom.* 1. *cap.* 38. *num.* 21.

334. Y quando sea practicable, que llamada la hembra por principio de linea, y despues de ella sus descendientes de Varon en Varon, se entienda contemplado el concepto agnaticio, no podria este reparo privar de la succession del Mayorazgo à la Condesa de Peralada; por deribar las descendencias de los que litigan con interposicion de muchas hembras, segun resulta del Arbol, y poderse formar solamente la Agnacion ficticia, mediando una sola hembra para dàr principio à la linea, como prueba el Cardenal de Luca *de fideicom. discurs. 28. num. 8.* valiendose del primoroso exemplo de los Arboles ingeridos.

335. Tampoco es este Mayorazgo de absoluta, y simple masculinidad; porque para su establecimiento se necesita, de que el Fundador disponga por via de regla, q̃ succedan los Varones, y no las hembras, como magistralmente, y con llena comprobacion de Textos, y Autores lo advierte el señor Molina *lib. 3. cap. 5. num. 62.* ibi: *Tertio prædicta secunda oppinio non procedit, quando qualitas masculinitatis per viam regulæ generalis in maioratu apposita est, veluti quando maioratus Institutor dixit,* Volo quod semper in hoc maioratu masculi, & non fœminæ, succedant. Cuya doctrina subscriben los Addicionadores *d. num. 62.*

336. Es puntual la doctrina de Abendaño *in l. 40. Taur. glos. 9. num. 32.* donde en caso de tener llamamiento las hembras para la succesion del Mayorazgo, resuelve, que la calidad de masculo no es bastante para excluyrlas, por terminar su privilegio en una regular prelacion, dize assi: *Contrariam sententiam veriorem, atque receptiorem existimamus, ex eo quod vocatio masculorum efficere non potest, quod fœmina penitus excludatur, sed proprius quod filius masculus, si existat, illi præferatur, si deficiat, ipsa succedat, cum inclusio Agnatorum, exclusionem Cognatorum*

rum non opperetur, sed tantum prælationem inducat; Ita quod capite agnatorum defitiente, ad cognatos fiat digresio, filioque masculo non existente, tanquam remoto impedimento, ejus soror sit admitenda, cum hujusmodi masculorum vocatio ordinem prælationis, & non exclusionem opperetur.

337. Y despues de aver citado los Autores mas classicos en comprobacion de su doctrina, concluye diziendo en el *num.34. Tamen ubicumque filius masculus vocatur, & statuto, pacto, aut conditione fœmina penitus, & omni casu, & gradu propter masculum remotiorem non excluditur; Non omnis masculus eam excludit à Primogenio, sed is tantum qui ejusdem lineæ, & gradus est*; en cuya maxima juridica funda la magistral conclusion de Baldo *in l. si fratres num.13, C.de Inoffic.testam.* ibi: *Mentio masculorum potius denotat ordinem succesionis, quam necessitatem exclusionis.*

338. La razon es tan evidente como juridica, porque el Mayorazgo de simple masculinidad no permite que succedan hembras, aviendo Varones aunque sean mas remotos, y de inferior linea; en el Vinculo de la Vnion estàn llamadas muchas hembras con especiales vocaciones, encabeçando en ellas muchissimas lineas, no solo en falta de Varones, sino con prelacion à muchos de los comprehendidos en otras lineas contempladas en dicho Mayorazgo: luego no puede considerarse este Vinculo de absoluta, y simple masculinidad.

339. Evidencia mas esto mismo, el que fenecidos los Agnados del 1.2.3.4.y 5. llamamiento, viviendo alguna de las hembras llamadas, debia indubitadamente succeder, y estaria el Mayorazgo en hembra veinte, y treinta años si tanto vivia, y no en masculo alguno: luego no es presumible el concepto de absoluta, y simple masculinidad.

Sin

340. Sin que pueda alterar la calidad del Mayorazgo la repetida mencion de Varones; porque esta no produce mas efecto, que atribuyrles la prelacion de succeder en igualdad de linea, y grado; pero no se extiende à excluyr las hembras de mejor linea, segun la regla del señor Molina *lib.3.cap.5.num.71.* ibi: *Quoties maioratus Institutor genericè & absolutè fœminas propter masculos à maioratus succesione exclusit, nec se illas propter masculos remotiores excludere velle adjecit, ea exclusio propter masculos ejusdem lineæ ac gradus, non autem propter remotiores inteligenda est; Ita ut masculo ejusdem gradus, & lineæ deficiente, fœmina in ejus defectum ad hujusmodi majoratus succesionem admitenda sit, ac si nihil peculiare circa hoc à maioratus Institutore dispositum fuisset*; y sus Addicionadores aumentan, *hæc Authoris conclusio in Hispanorum primogenijs proculdubiò verissima est, & tam in judicando, quam in consulendo praxis admitit.*

341. De todo lo dicho se infiere por legitima consequencia, que este Mayorazgo es ordinario, y regular, por no estàr concebido con calidad de agnacion rigurosa, y natural; de agnacion ficticia, ò artificial; ni de absoluta, y simple masculinidad; para cuyo mayor convencimiento ocurren dos reflexiones siguientes. La una es, que el Conde Don Miguel quiso formar Mayorazgo en la Escritura de Vnion, como lo convence el aver dispuesto, que succediesse siempre uno solo en todos los bienes unidos, è inseparables, con prohibicion de agenar, cuyas providencias forman el propio constitutivo de la naturaleza de el Mayorazgo, D.Molin.*lib.1.cap.1.num.22.* Fontanel.*decis.32.num.*8.& cæteri supra relati.

342. El fundador de un Mayorazgo se presume conformado con las leyes de su provincia, respecto de la succesion de la Corona Real en todo lo que con letra cla-

ra no ſe deſviare de ellas ſu diſpoſicion,como dixo Gutierrez *Canon. quæſt.lib.2.cap.14.num.26.*ibi : *Hinc eſt ad Regni exemplar* hos *Hiſpaniæ maioratus fuiſſe introductos, ut nec illud dubium ſit; quoties in maioratus ſucceſione dubitatio inciderit, ſi ex ipſius conditoris verbis, ac mente non ſatis concipi poſit, quid ille ſenſerit, ea interpretatio ſit accipienda, ut eodem modo ſucceſio ducatur, quo in Regni ſucceſione receptum ſit.* D.Caſtillo *lib.2. cap. 26. num.* 42. Ramon. *conſ.*100.*num.*330.

343. Eſto que es comun à todos, procede con ſuperior razon en el Conde Don Miguel por la elevacion, y eſclarecida antiguedad de ſu Familia, de la qual dixo Suelves en la Dedicatoria del *Libro* 1. de ſus Conſejos, *Domus de Aranda inter Europæ omnes nulli ſecunda; Cujus initium, ob veterrimam illius nobilitatem, dum neſcimus, utique & ſperamus, uſque ad ſæculorum obitum non defecturam.*

344. Y ſiendo regular la ſucceſion de la Corona Real de Caſtilla por la *Ley* 2.*tit.*15.*partit.*2. y en Aragon por la coſtumbre, Suelves *lib.*3.*conſ.*5.*num.* 30. & 31. pues en falta de hijo Varon del Conde Don Fortuño Ximenez ſuccediò ſu hija Doña Vrraca Muger del Señor Rey de Navarra Don Garcia Yñiguez, Ramon. *conſ.* 100. *num.* 316. *verſ.anno* 880. Aviendo muerto ſin hijo Uaron el Señor Rey Don Ramiro el Monge, ſuccediò la Señora Doña Petronila ſu hija, Ancarran.*conſ.*339.*num.* 2. Tiraquel. *de Primog.q.*10.*num.*8.Ramon.*ubi proxime num.*316. Por la muerte ſin hijo Varon del Señor Rey Don Fernando el Catolico, ſuccediò ſu hija la Señora Doña Juana, Camil. Borrel.*de Reg.Cathólic.præſtant.cap.*46.*num.* 56. D. Larrea *deciſ.*56.*num.*8. Ramon.*d.conſ.num.*318.

345. Se debe preſumir que el Vinculante quiſo ajuſtar ſu diſpoſicion à la coſtumbre de ſu provincia, y conſiguien-

guientemente formar un Mayorazgo regular, en todos los casos en que con letra clara no hubiere apetecido, y explicado alguna irregularidad, segun prueba puntualissimamente Menochio *cons.* 802. *num.* 27. ibi: *Atque in Hispanis legibus ipsis Regnorum, non modo masculus descendens à fœmina succedit in maioratu simpliciter instituto, sed etiam fœmina ipsa*; y en el *num.* 26. dexaba dicho, que no aviendo resistencia expressa en la letra, las disposiciones de los Instituyentes Españoles, se deben reducir, *ad legem, & consuetudinem Hispaniæ*, cuya doctrina aprobaron D. Castillo *lib.6.controv.cap.*131. *num.* 23. Suelves *lib.3.cons.5.num.*27.Sessè *in respons.post decis.*254.*num.9.*

346. Y mas teniendo presente, que el fin ultimado, y comprehensivo del Vinculante fue, la conservacion de su Casa, y Familia, segun lo manifiestan las palabras del Prohemio de su Testamento, alli: *Deseando la perpetuidad, y memoria de la dicha nuestra Casa, y Mayorazgo*; y este fin termina precisamente en Mayorazgo regular, y ordinario, por ser cierto, que en España, à diferencia de otras Naciones, son habiles, y capaces de conservar las Casas, y Familias, Varones, y Hembras sin diferencia alguna; los dos Molinas, tan unos en el nombre, como en el comun aplauso de sus Obras, *el de Primog. lib.3.cap.4. num.*11. y el *de Just.& Iur.*en la *disp.625.num.3.* Addentes ad D.Molinam *num.*8.9.& 10.y con muchos notò esta distincion Torre *tom.1.cap.5.num.*141.

347. A lo dicho se aumenta otra circunstancia digna de tenerse presente à favor de la regularidad, y es, que el Señor Rey Don Fernando el Catolico en su Real Privilegio despachado por el Consejo de Aragon à 19. de Enero de 1508.presentado en el Processo Melchioris de Oxea al fol.4516. parte, y porcion del Pleyto actual, elevò la Casa de Aranda à titulo de Condado, decretando esta gra-

cia à favor de Don Lope de Urrea (*num.* 15.) y su Casa con estas palabras : *Vos dictum Nobilem Don Lupum de Vrrea in Comitem , & ad Dignitatem , honorem, & nomen Comitis de Aranda, quæ est Villa Aragonum à vobis possessa, & ad vos proprietate & hæreditate vestri , & vestrorum, pleno jure pertinens , & spectans , libenter promovemus, extollimus , & decoramus , Vosque, & in eadem Villa successores vestros , ad hujusmodi dignitatem, nomen , & titulum Comitis promovemus , & decoratos perpetuo esse volumus , decernimus, & jubemus , ipsamque Villam de Aranda in Comitatum erigimus , atque eam vovis , & vestris prædictis in illam successoribus, pro Comitatu asignamus.*

348. Este Privilegio es mixto ; Real por la Casa de Aranda , y personal por razon de las personas de D. Lope, y Successores suyos à quienes se concede *ad tex. in l. rerum mixtura* 30.*ff.de Vssucap.l.munera* 18.*in princip.* & §. 26.*ff.de muner.* & *honor.* D.Larrea *decis.*31. *num.* 23. Barbosa *in Colectan.ad tex.in cap. Privilegium* 7. *num.* 11. *in fin.de Reg.jur.in* 6. aunque contrahido à las Personas , Familia , y Casa de Aranda , por la diccion repetida *de los Vuestros* , la qual comprehende à los herederos , y successores de sangre unicamente , Alexander *in L. Gallus* §. *etiam ff.de liber.* & *Posthum.* por el orden de la succesion intestada, como en el llamamiento *de los suyos herederos* previene Paulo de Castro *cons.*374. alli: *Sed respondeo illud verbum* : Et suos, *non esse ita strictè intelligendum de eis qui erant in sua potestate, quia plerumque Testatores de tan subtili juris interpretatione non cogitant , sed debet intelligi de venientibus ab intestato, L.si fæmina* 2.*ff.de accusat.* Pretis *de Interpretat.ultim.volunt.fol.*238.*num.* 43. Peregrin. *de fideicom.art.*22.*num.*38. Fussar. *de Substit. q.* 338. *num.* 1. & 2.

349. Y con especialidad en las Gracias, y Privilegios de

de los Principes lo dexò advertido el señor Castillo *lib.* 5. *cap.* 96 *num.* 29. alli: *Attamen in gratiosis Principum concessionibus de realiqua, pro se, & suis hæredibus, quod pro descendentibus ab illo, masculis, & fœminis concesio facta interpretetur, ipsè* Peregrinus *adnotavit de fideicom. d. art.* 32. *num.* 59. el qual en su Tratado *de Iure fisci lib.* 1. *tit.* 2. *num.* 102. dixo: *Addo ego, quod concessiones factæ per Principes nedum de Regalibus, sed etiam de Possessionibus, prædijs, & offitijs, quambis facta pro se, & hæredibus, non protenduntur ad hæredes extraneos, sed ad liberos, id est ad hæredes sanguinis, ad exemplum feudorum, sed non per omnia; quia etiam fœminæ capiunt, si eorum capazes sint, & ita in spetie de Emphiteosi Principis tradit Bartol.* in L. si Patroni in princip. ff. ad Trebell. *Et idem quoque sensit Ægidius Bosius* in tit. de Principe num. 204. *Et sic etiam servatum vidi apud nos in quadam concesione facta per excelsum Consilium Decem Olim Don Bartholomeo Espadasino pro suis benemeritis de quodam loco nuncupato pro se & hæredibus suis: nam ex judicijs inde sequtis interpretata fuit illa concesio pro illius liberis, & descendentibus masculis & fœminis, exclusis extraneis successoribus, & regulata in eis succesione, juxta ordinem naturæ, & sanguinis*; Porque las palabras de los Privilegios, como de Ley, ò Estatuto se entienden in sensu juridico, Sessè *de Inhibit. cap.* 4. §. 5. *num.* 19. Y conforme à derecho las dicciones *Herederos, y Successores*, se interpretan por los herederos de sangre, Giurba *de succes. feudor. cap.* 118. §. 2. *glos.* 3. *num.* 2. Rota *p.* 13. *apud Rub. decis.* 67. *à num.* 1. & *seqq.*

350. El señor Crespi *Observat. jur. tom.* 2. *observ.* 117. examina la calidad de succeder en los bienes elevados por el Principe à titulo de Condado; y siguiendo la opinion de Parladoro *p.* 3. *diferent.* 18. §. 1. *num.* 5. resuelve, se ha de arreglar à Vinculos anteriores, si en fuerça de ellos estaba dis-

dispuesta, y si el que aceptò el titulo, los tenia libres, quedan sugetos por su aceptacion à Mayorazgo regular, sin embargo de la opinion contraria del señor Molin. *de Hispan. Primog. lib. 1. cap. 11. num. 26.* que dixo, quedaban los bienes libres, y no sugetos à Mayorazgo, si antecedentemente no tenian esta calidad.

351. Porque advierte respecto de las gracias de esta classe, despachas por el Consejo de Aragon, que siempre se entienden concedidas con gravamen de los Vinculos anteriores; y en el Estado de libertad de los bienes con el de Mayorazgo regular, assi por la costumbre que supone *num.* 47. como por la declaracion del Señor Rey Don Phelipe IV. para los Reynos de la Corona, que copia en el *num.* 35. alli: *Succediendo por via de Mayorazgo del genero que estubiere fundado, ò por el legal que les pertenece, que es regular.* La qual comprueba en el *num.* 39. alli: *Siquidem hujusmodi declarationem facere ad suam Regiam Maiestatem pertinet, L. ex facto 23. ff. de vulg. L. Neratius 131. ff. de Reg. jur.* D. Larrea *decis. 99. per totam.* Y expendiendo varias razones, y motivos hasta el *num.* 67. concluye: *Ergo in his omnibus dignitatibus regalibus Ducatus, Marchionatus, Comitatus, & Vicecomitatus, etiamsi Princeps Oppida non fuerit largitus, sed dignitatem, maioratui supposita credenda sunt, ita ut de cætero in utroque, dignitate scilicet, & oppidis per viam primogenituræ regularis succedendum sit, nisi anterior majoratus alterius naturæ fuisset in eis impositus, & de eo constet.*

352. De los antecedentes referidos, procede la inclusion de la Condesa Doña Antonia; porque Don Lope (*num.* 15.) primero Conde de Aranda, gozaba los bienes de la Casa al tiempo de la gracia del Señor Rey Don Fernando el Catolico, libres de todo Uinculo; pues aviendo tenido hijos, quedaron extinctos los llamamientos, y substi-

tucio-

tuciones del Teſtamento de Don Lope (*num.* 11.) ſu Padre, como queda fundado en eſte Alegato, *Part.* 3. §. 2. deſde el *num.*272.haſta el *num.* 279. y en el *num.* 281. *cum ſeqq.* ò ſugetos al Uinculo, y Fideicomiſſo perpetuo regular que reſulta de la Donacion explicada en la *Part.* 1. *per tot.* ò ſugetos ſolamente à los Vinculos agnaticios del Teſtamento de Don Pedro (*num.* 6.) y de la Capitulacion Matrimonial de dicho Don Lope (*num.*15,) que para ſu perpetuidad ſe avian de hazer regulares, ſupliendo el derecho,(quando llegaſſe el caſo, que deſpues ſucediò, de faltar todos los Agnados) los llamamientos legales, como queda arribà dicho, *Part.*2.§.1.*num.* 155. & *ſeqq.* y *Part.* 3.deſde el *num* 265. haſta el *num.* 269. y en el §. 2. *num.* 280.y *nn.*285.286.y 287.y en la *Part.*1.*ex num.*119.*uſque ad num.*125.

353. Don Lope (*num.*15.) tubo tres hijos Varones, Don Miguel (*num.* 18.) que formò los Vinculos de la Vnion, Primogenito; Don Pedro (*num.*19.) ſegundogenito; Don Juan (*num.* 20.) que fue Abad de Monte-Aragon;àDoña Catalina(*num.*21.)y à Doña Beatriz(*num.*22.) La linea, y deſcendencia de Don Miguel Conde de Aranda, feneciò en el ultimo Conde Don Antonio; En la de Don Juan, en que ſe halla el Conde de Berbedèl, ſe encuentra la excepcion opueſta que la excluye de la ſuceſion.

354. En la de Don Pedro hijo ſegundo de dicho Don Lope, aunque tubo varios hijos Varones, que formaron ſu linea habitual con prelacion à las hembras, ſegun reglas de Mayorazgo reſpecto de Doña Catalina, y Doña Beatriz ſus hermanas, ex D.Molina *lib.*3.*cap.*4.*num.* 12. ubi Addentes *num.*4.& 5.Torre *de Maiorat.Ital.p.*1.*cap.* 25.*num.*21. unicamente ſe halla deſcendiente de hijo Varon de Don Pedro la Condeſa de Peralada Doña Antonia,

como quarta Nieta de Don Miguel Ximenez de Vrrea (*n*.27.)hijo de D.Pedro,y nieto de D.Lope (*n*.15.)primero Conde de Aranda que aceptò la Dignidad de Conde: Luego en el Mayorazgo regular que contiene el Privilegio consentido por Don Lope con su acceptacion en favor de sus descendientes, tiene la Condesa el derecho primero prelativo, y legal de la linea que formò Don Pedro su quinto Abuelo,respecto de sus dos hermanas Doña Catalina, y Doña Beatriz, continuada en su hijo Don Miguel (*num*.27.) que asimismo la formò con prelacion à Doña Catalina su hermana (*num*. 28.) que casò con Don Juan Perez de Almazàn, de quien desciende el Marquès de Torres (*num*.94.)

355. Consiguientemente debemos comprehender, que el Conde Don Miguel en los Vinculos de la Union, respecto de los Colaterales, en que no hizo memoria de Doña Beatriz hermana de Don Lope (*num*.15.)por la qual pretende el Duque de Gandia, ni de Don Ximeno de Urrea, hijo de Don Lope (*num*.1.) de quien deriba su inclusion el Marquès de Aryza, ni de Doña Catalina su sobrina, de la qual procede el Marquès de Torres, contrayendolos à los tres Nietos de Don Lope su Padre hijos de Don Pedro, que tenian derecho de succeder en fuerça de dicha Gracia, y acceptacion de su Abuelo por via de Mayorazgo regular, no tubo voluntad de contravenir à esta providencia; mayormente aviendolo mandado con expression à su hijo Don Hernando en su Capitulacion Matrimonial sin expressar exclusion de las hijas de los Varones descendientes de sus sobrinos; y no constando notoriamente de la voluntad exclusiva de ellas, se ha de entender la tubo de conservarlas en la succesion, como en bienes de Mayorazgo regular, por el derecho adquirido en fuerça de dicha Gracia; porque la privacion no se induce,

ce, ſino ſe mueſtra eſtablecida con letra clara, y material, D. Valenzuela *Conſ.94.num.37.* alli: *Quia privatio numquam inducitur, niſi cautum ſit expreſsè, L. at ſi quis. §. Dibus Marcus ff. de Relig. & ſumptib. funer. Anthent. de non eligend. ſecundo nubent. §. cum igitur.*

356. Ultimamente ſe ofrece otra conſideracion à favor de la Condeſa Doña Antonia, fundada en que eſte Mayorazgo no ſolo fue fundado por el Conde Don Miguel, ſino tambien por Doña Aldonça de Cardona ſu Muger en las Capitulaciones Matrimoniales de Don Fernando ſu hijo, y Doña Juana de Toledo, y en las que poſteriormente otorgò quando contraxo ſegundo Matrimonio con Doña Barbara de Monſalve, idem D. Molina *lib.3.cap.5.* y los Addicionadores al ſeñor Molina ſon tambien de eſte ſentir; ſiendo la razon, porque la hembra fundadora nunca ſe juzga que aborrece el ſexo femineo que en ella ſe halla, que es la que dàn, y reconocen todos los DD. y no ſolo eſſo, ſino que imopotius ſe preſume que le ama, y apetece, argumento tex. *in l. ex facto §. ſi quis rogatus 1. ff. ad Trebell.* ibi: *Sed hoc ex dignitate & voluntate, & conditione ejus qui fideicomiſit accipiendum eſt,* Lara *de Capell. lib.2. cap.4. num.115.*

357. Y es tan poderoſa, y eficàz circunſtancia el haber intervenido hembra en la fundacion de dicho Mayorazgo, que aunque ſon neceſſarias, ò indubitables congeturas, ò expreſsion formal, para excluyr à quien funda de derecho; en caſo de aver intervenido hembra por fundadora, no baſtan las congeturas indubitables, que de ordinario ſe requieren; porque ſi lo regular por sì ſolo ſe tenia eſta prerogativa, la intervencion de la hembra preciſamente ha de obrar, que ſea la excluſion de ſu ſexo en caſo que, demàs de la preſſumpcion ordinaria, ſe aumente mayor evidencia, como advierte el ſeñor Molina

ubi

ubi proximè d.num.73. en aquellas palabras : *Quod intelligendum est etiam quando adsunt conjecturæ ex quibus fœminæ propter masculos excludi solent ; Ab illis enim ex hac conjectura discedendum erit ; Aliàs namque hæc conclusio nullius effectus esset, cum semper in dubio fœmina exclussa censendenda non sit* : Y la addicion dize : *Si enim quando masculus maioratum instituit, fœmina in casu dubio numquam censetur exclussa, ut supra capite primo ; fortius ergo quando à fœmina procedit dispositio.*

358. Esta misma consideracion se halla apoyada por el Regente Sesè en la *decision* 254. en el *num.6.* alli: *In nostro tamen casu secus est, quia fœmina disponit simul cum Viro, & fœminæ etiam vocantur (adhuc quòd excludantur, vel ommitantur, & quod plus est vocantur) inter agnatos, quod radicitus tollit dificultatem* ; y en el *n.* 17 .dà la razon con las siguientes palabras, hablando del Mayorazgo que se controvertia dispuesto, y ordenado en Capitulos Matrimoniales : *Cum omnes tam masculi, quam fœminæ illum introduxissent, & uterque præssumatur sexum suum dilexisse*; Decianus cons. 127. num. 25. volum. 3. *Et hæc est communis intelligentia communiter ab omnibus approbata, ut in terminis docet* Veroyus *Cons.* 120. *num.* 12. & 86.

359. Procede en tanto grado el referido concepto, que aunque en la fundacion se diga, que la descendencia, y llamamiento sea per sexum masculinum, hoc est : de Varon en Varon, no se tiene por excluyda la hembra, quando no concurre con ella, y en la misma linea, y grado Uaron, por la interpretacion que se toma à favor del sexo femenino, que se presume amado, y apetecido de la hembra, como queda advertido, y probado suprà, y autoriza Tiraquelo *de Primog. q.* 10. *num. fin.* ibi : *Non enim fœminam repulisse censeretur ab eo jure, etiamsi utatur verbis masculini sexus* ; y el señor Molina *d. lib. 3. cap. 5. num.*

74.

74. Menoch. *de Præsumpt. præsumpt.* 85. *num.* 5. *lib.* 4. & *consil.* 802. *num.* 50. & 72. & *cons.* 930. *num.* 20. Beroyo *cons.* 120. *num.* 15. *lib.* 2. Casanate *cons.* 38. *num.* 72. Peregrin. *cons.* 1. *num.* 7. *lib.* 1. Alciatus *cons.* 8. *num.* 37. 38. & 40. *lib.* 9. Rolandus *cons.* 73. *num.* 17. *lib.* 3. Albar. *de Conject. ment. lib.* 2. *cap.* 3. *q.* 23. *ex num.* 97. D. Castillo *lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 57. & 153.

360. Y obra tanto la intervencion de hembra en la fundacion del Mayorazgo, que aunque en la hecha por Varon unicamente, baste para exclusion de las hembras, que use el fundador de las palabras de que se pueda colegir la inclusion de Varones, y exclusion de las Hembras; cessa esto quando intervino en la fundacion hembra, como advierte el señor Molina *ubi proximè*; y antes bien se juzgan comprehendidas, y llamadas, ut per Ioannem Gutierrez *Cons.* 3. *num.* 20. ibi: *Quia in dubio fœminam non censetur repulisse ab eo jure defitientibus masculis; etiamsi utatur verbis masculini sexus; aut quæ ad masculos referri solent*; Albarado *de Conject. ment. lib.* 2. *cap.* 3. §. 4. *in fin*; Ejusque Sententiæ videtur fuisse D. Gregorius Lopez *in* §. 2. *tit.* 15. *partit.* 2. *glos.* 18. *q.* 5. donde resuelve, que si marido, y muger hizieron juntos Mayorazgo, y dispusieron que fuesse individuo, y à falta de Parientes substituyeron al Pariente mas cercano, si le ay de la muger, succederà en este Mayorazgo, y se preferirà à los Parientes del marido del grado mas remoto, de suerte que la disposicion se entiende ser igual respecto de ambos, quem sequitur Joannes Gutierrez *Cons.* 2. *num.* 9.

361. Y el señor Don Luys de Molina ultimamente concluye *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 40. *Quod fœmina non videtur habuisse respectum conservandæ agnationis, cum mater & filius non sint de eadem agnatione*; Alziatus *Respons.* 9. *num.* 87. *in fin. lib.* 9. dicit ista verba notanda, ibi: *Nec dicat ali-*

quis rationem pacti hanc fuisse, ut facultates conserventur in agnatione masculina; quia respondeo in casu nostro hoc esse manifestè falsum; quia mater non potest videri habuisse rationem ad agnationem, cum filij non sint de agnatione sua. Idem probat Màntica *lib.* 11. *tit.* 15. *num.* 4. Hieronym.Gabriel *cons.* 97. *num.* 15. *lib.* 1. Y lo mismo es para efecto de excluyr la agnacion presente, ser Mayorazgo fundado por Hembra, ò Varon, y Hembra: porque se ha de atender la disposicion, ut pariter Viro & Uxori prospectum esse videatur, Baldus *in Auth.qui rem* 5. *C. de Sacrosant.Eccles.* Berno *decis.* 276. *num.* 2. Gama *decis.* 351. Menoch. *cons.* 40. Idem D.Molina *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 74.

§. II.

SATISFACENSE ALGUNOS REPAROS QUE pueden ocurrir contra lo discurrido en el §. antecedente.

362. EL primer argumento que se puede formar contra la regularidad de este Mayorazgo, se deduce de las palabras prohemiales de la Escritura de Fundacion, alli: *Por ende en aquella mejor forma, y manera que hazerlo podemos, y sabemos, à fin que dicha nuestra Casa, Estado, y Mayorazgo quede perpetuamente en Varones legitimos, y descendientes por recta linea masculina de Nos, y en defecto de ellos, en los de nuestros Hermanos hijos legitimos, y naturales de los Ilustres Señores Don Lope Ximenez de Vrrea, y Doña Catalina de Yxar nuestros Señores, y Padres; y aquellos faltando, en Varones legitimos, y naturales de las hijas legitimas de dicho Don Hernando Ximenez de Vrrea, y Doña Juana de Toledo, y nuestras respectivamente por el orden, y de la forma, y manera siguiente;* las quales manifiestan al parecer, que la Causa

final

final del Prohemio se dirigiò à conservar la Agnacion, debiendo mutuarse de este fin explicado por el Fundador la inteligencia de lo que dispuso, y ordenò en dicha Escritura.

363. Este reparo tiene facil satisfaccion; lo primero, porque esta Clausula Prohemial no puede contener fin comprehensivo de la disposicion subsiguiente, pues lo dispuesto es notoriamente incompatible con el fin del Prohemio, por ser repugnante el repetido llamamiento de hembras con la calidad irregular de agnacion, y simple masculinidad, *& nemo sanæ mentis præsumitur pugnantia loqui*.

364. Lo segundo; porque con letra clara se hallan llamadas à la succesion muchas hembras, assi nacidas, como por nacer, y contra lo literalmente ordenado en la disposicion, no puede obrar efecto alguno la Clausula Prohemial, la qual solamente puede servir para declarar lo dudoso, y ambiguo de una mal explicada voluntad, como tenemos fundado suprà *Part.* 1. *à n.* 31. usque ad 36.

365. Lo tercero; porque dicha Clausula es imperfecta, y se limita por aquellas palabras: *Por el orden, y de la forma, y manera siguientes*; las quales limitan la generalidad antecedente segun la calidad de la posterior disposicion, Barbosa *dict.* 161. *num.* 10. ibi: *Similis dictio relationem habet ad inferius dicenda, & secundum ea regulatur.*

366. Lo quarto; porque quando esta Clausula tubiera alguna duda, la explicò el mismo Fundador en su Testamento, declarando que lo que deseaba, era la perpetuidad, y memoria de su Casa, y Mayorazgo, & nullus melior interpres dispositionis, quam ipse disponens, Casanate *Cons.* 47. *num.* 6. Molin. *de Rit. Nuptiar. lib.* 3. *q.* 85. *num.* 50. ibi: *Et ubi Testator se ipsum interpretatur, non est quærenda alia glossa legis, vel hominis*; sin que pueda

dudar-

dudarse de la subsistencia de dicha declaracion, ex Fontanel. *decis.* 137. Rosa *Consult.* 69. *num.* 109. Y assi el fin apetecido, y explicado por el Vinculante, termina unicamente en la calidad de Mayorazgo regular; pues por ella convienen todos los Autores assi Nacionales, como Estrangeros, que se conserva en España la memoria, y perpetuidad de las Casas, y Mayorazgos.

367. El segundo reparo se puede inferir de la repeticion de Varones en tantos llamamientos, y substituciones; pero este argumento no tiene lugar quando entre los llamamientos de Varones, se hallan llamadas las hembras, como lo estàn en nuestro caso, segun assientan por conclusion de regla el señor Molina *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 62. ubi Addent. Casanate *Cons.* 50. *num.* 34. D. Larrea *decis.* 34. *num.* 60. & 65. D. Castillo *lib.* 6. *cap.* 129. *n.* 30. Vela *disert.* 49. *num.* 85. Roxas *de Incompat. p:* 1. *cap.* 6. *num.* 303.

368. Pues quando los llamamientos repetidos de Varones han de servir para limitar la succesion à la Baronia con exclusion del sexo femenino, se requiere que no tengan vocacion las hembras; pero aviendo intercalados llamamientos de hembras entre las vocaciones de Varones, solo sirve la masculinidad repetida para dàr prelacion al Varon dentro la linea, y grado; pero no para excluyr las hembras por los Varones remotos, y de otras lineas; singularmente en la presente controversia, donde cessò yà el concepto de agnacion (caso que lo hubiera respecto de los llamados desde la Clausula 1. hasta la 6.) por no aver quien litigue en esta vacante como agnado verdadero, ni ficticio.

369. Es tan cierto lo dicho, que aun en caso de estàr llamados Uarones, y Hembras con la expression de que los Uarones sean siempre preferidos, solo tienen prelacion dentro la linea, y grado, como enseñan el señor Molina *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 71. ubi Addentes, Abendaño *in L.* 40.

Thaur.

*Thaur.gloſ.9.à num.*32. Mieres *p.2.q.6.num.*539.& *ſeqq.* Ramon.*Conſ.*100.*num.* 48. & 484. Paſchal. *de Virib. patr. poteſt.p.*4.*cap.*9.*num.* 61. Caſanate *Conſ.* 47. *num.* 2. & 3. D. Valenzuela *Conſ.*97.*num.*111. & 112. Fontanel. *deciſ.* 35.*num.*10. Canzer *tom.*1.*cap.*12.*num.*58.

370. Y aun quando ſon llamados los Varones por linea recta, para excluſion de las hembras, entienden dichas palabras de los Maſculos del ultimo Poſſehedor los Addicionadores al ſeñor Molina *lib.*3.*cap.*5.*num.*71. Verſ. *Quod fortius*, ibi: *Quod fortius advertendum eſt, vocatis maſculis per lineam rectam, quorum vocatio ad excluſionem fœminarum facta cenſetur; Et ratio eſt, quia maſculus ex alia linea non dicitur de linea recta; Immò potius de obliqua, & inflexa, &c. Et hinc eſt, quod extante conſuetudine, quod in Baronia non ſuccedat filia, ſi aliquis relinquat filium ſecundogenitum, & filiam ex Primogenito, hæc ſuccedet.*

371. Lo miſmo dixo Gutierrez *Conſ.*13.*num.*27. ibi: *Vbi vocantur deſcendentes*, Ita ut linea maſculina ſuccedat antequam fœmenina, *adhuc filia ultimi Poſſeſſoris præferenda eſt Patruo Maſculo, quia dicta verba intelliguntur de linea recta; Vnde ſi non ſupereſt maſculus in ea, ſuccedet fœmina ejuſdem lineæ ad excluſionem maſculorum alterius.* Cuya doctrina es la mas proporcionada à nueſtro caſo; porque el Fundador llamò à los deſcendientes Uarones de la hija Primogenita de Don Miguel (*num.* 27.) y en falta de ellos diò vocacion à la hija ſegundogenita; y aſsi milita la miſma razon, para que faltando los deſcendientes Uarones de Don Dionyſio (*num.* 73.) Succeſſor declarado de eſte Mayorazgo, deba ſucceder ſu hija la Condeſa de Peralada (*num.*84.)

372. Porque no explicando el Vinculante voluntad expreſſa de que ſuccedan primero los Varones mas remo-

tos, que las hembras de mejor linea; no se debe entender el llamamiento de los Uarones con absoluta, y universal prelacion à todas las hembras; sino contrahida, y limitada à la linea de la actual succesion, como siguiendo la Autoridad del señor Molina se decidiò en el Senado de Portugal, segun refiere Gama *decis.354.num.6.in fin.* ibi: *Quia verba illa non possunt intelligi de descendentibus universaliter omnium linearum, sed secundum subjectam materiam intelligi debent de descendentibus illius lineæ per quam discurrit succesio.* Lo mismo advierte Cabedo *decis.* 208.*p.* 1. *num.*1. ibi: *Cum Testator per verba generalia fœminas propter masculos exclusserit à succesione maioratus, nec adjecerit expressè, illas se propter masculos remotiores excludere velle; intelligendum est exclusisse fœminas propter masculos ejusdem gradus, & lineæ, non autem per remotiores.*

373. Y quando lo dicho no fuera tan cierto como lo persuaden las doctrinas referidas, bastaria la duda para excluyr de la succesion à qualquiera de los Uarones que litigan. Lo primero, porque en la duda se debe declarar la succesion à favor de la hembra, ex D.Molina *lib.3.cap.4. num.36 & 37.* Mieres *p.2.q.6.num.96.*D.Valenzuela *cons.* 97.*num.*74. Torre *tom.*1. *cap.* 25. *num.* 31. Lo segundo, porque oy no litiga Uaron alguno descendiente de Doña Ana de Vrrea (*num.*39.) hija Primogenita de Don Miguel (*num.*27.) la qual formò cabeça de linea, donde se halla radicada la succesion; que si lo hubiera, podria ser mas questionable la disputa; aunque tambien en estos terminos obtubo Sentencia favorable la hija de mejor linea contra el Varon de linea inferior en el Tribunal de la Rota (de cuya autoridad videndus Suelves *lib.* 3. *cons.*5.*n.*7.) segun la refiere à la letra Roxas *decis.* 72. Cuya decision fue confirmada en *la* 90. del mismo Roxas; y las palabras

mas

mas conferentes à nueſtro caſo, ſon las del *num.*2.teniendo preſente el aver entrado la ſuccesſion en el Conde Don Pedro Pablo (*num.* 62.) como deſcendiente de la primogenita de Don Miguel (*num.*27.) *Ex quibus*, dize, *conſtat, dictum Ioannem Paulum* (que era el Teſtador) *aliud noluiſſe, quam in eventum in quem ipſe filios maſculos non procreaſſet, prout evenit, integrè ejus hæreditas, ſeu Primogenitura perveniret ad dictam Iſabelam ejus filiam Primogenitam, & poſt Iſabellæ obitum primogenitura devolveretur filio maſculo Primogenito dictæ Iſabellæ quatenùs extaret, ſi verò non extaret, ſuccederet ſecundogenita Teſtatoris; quapropter cum fuerit locus primæ vocationi, ex quo ex Iſabella natus fuit Marchio Ceſſar primogenitus, qui obtinuit primogenituram, uti primo loco vocatus, ex Marchione Cæſare natus fuit Ioannes Paulus, & ex eo D. Comitiſſa Julia, ad quam, Primogenituram expectare, placuit Dominis decidere, cum in ea adhuc duret linea in quam fuit ingreſſa, ex quo non exſtant maſculi ex linea Cæſaris, nec propterea extat vocatà linea ſecundogeniti Iſabellæ, ex illa ratione, quod fœminæ deſcendentes ex ultimo poſſeſſore non ſunt excluſſæ per maſculos alterius lineæ, niſi fuerit manifeſtè dictum per Teſtatorem.*

374. Noteſe la diferencia de un caſo à otro, pues alli competia la ſuccesſion la hija del ultimo Poſſehedor, con un Varon deſcendiente del hijo ſegundogenito de la hembra, à quien el Teſtador hizo cabeça de linea, y ambos contendores eſtaban en ella, y ſin otro motivo que la prerogativa de la linea, obtubo Sentencia favorable la hembra; y en nueſtro caſo, ni litiga Varon deſcendiente de Doña Ana(*num.*39.)à quien hizo cabeça de linea nueſtro Vinculante, ni deſcendiente alguno de los llamados en la Eſcritura de Vnion.

375. Es tan cierto lo dicho, que aun diſponiendo el

Vin-

Vinculante la prelacion de los Varones con palabras denotantes Perpetuidad, como son: *Siempre, en todos tiempos, y casos*, se admite la hija del ultimo Possehedor, no hallandose en la misma linea, y grado el Varon que le compite la succesion, como lo afirman Peregrino *de fideicom. art.*27.*num.*1.12.& 15. Thesaur.*quæst.forens.*2.*num.*43. & 57.*lib.*2.Ramon.*Cons.*100.*num.* 482.*cum seqq.* Fontanel.*decis.*35.*num.*13. Y la misma opinion sigue Luca *de fideicom. discurs.*34.*num.* 7. ibi. *Vbi id firmat etiamsi adesset dictio,*semper, *de qua dictione, ut non obstet, fœminis, licet in diverso casu, habetur per Rotam, &c. Et juxta quam regulam sæpius, ac sæpius in plerisque causis obtinui, vel pro veritate respondi pro fœminis lineæ admissæ, aut scribendo in contrarium, sucubui.*

376. Y asi se decidiò en la Real Audiencia de este Reyno en la Baronia de Torres de Berrellen, cuya Clausula era la siguiente: *Hago, è instituyo Mayorazgo perpetuo, en el qual de mayor en mayor, guardando orden de Primogenitura, quiero que succedan los dichos mis Nietos Varones arriba nombrados, y sus descendientes Varones para siempre, y en falta de Varones las descendientes Hembras*; y sin embargo de la diccion *Siempre*, obtubo Sentencia la hembra de mejor linea contra el Varon de linea inferior, como resulta de los motivos de dicho Pleyto, en los quales se sientan tres proposiciones como principios indubitados, que todas convencen unica, y legitima Successora de este Mayorazgo à la Condesa de Peralada, que son; el tener la regla à su favor; el no aver Varon que muestre claro, y literal llamamiento en la Escritura de Vnion; y el litigarse este Mayorazgo en el Juyzio Possorio: *Quarto & ultimo*, dize el motivo, *quia fœmina fundatam habet omni jure intentionem in lineà; Et masculo alterius lineæ vehementer resistit naturale, divinum,*

cano-

Canonicum, Civile, & maioratuum Regulæ; Vnde venit masculum indigere indubitato jure, & clara, literali, & specifica vocatione, in dubioque (si adest illud) contra Comitem pronuntiandum. Quod omne accipit incrementum à natura hujus articuli possessorij & litispendentiæ, in quo ex frequentiori Doctorum calculo fœmina in possessionem mittitur donec aliqua viget credendi ratio ipsam esse capacem, & Judex non est plenè certus de incapacitate illius, signanter si descendit ab ultimo possessore. Lo mismo se avia decidido en la misma Real Audiencia en el Pleyto de Pedro Catalàn de Ocòn, à favor de la hija del ultimo Possehedor, sin embargo de aver litigado con un Agnado, aunque de inferior linea; y refiere dos juzgados terminantes Romana *Cons.* 100. cuyos motivos expressa desde el *num.* 345. hasta el 408. Sin que puedan ser de consideracion los fragmentos de Rosa en la *Consult.* 69. que se ponderan à favor del Marquès de Torres desde el *num.* 214. hasta el 228. *inclusivè*: Porque dichas doctrinas se tubieron presentes en los exemplares referidos, y esso no obstante obtubieron Sentencia favorable las hembras. Y en el Ducado de Segorve, que fue en el que escribiò Rosa dicha Consultacion à favor de el Masculo, obtubo tambien la Hembra Sentencia à su favor, aviendo concurrido en la referida Decision el señor Don Alonso de Olea, y el señor Don Luys de Exea, cuyos motibos refiere Vedoya *in Specul Ver. Jurisp. lib. 3. dircurs. 2. fol. 329. circa medium*, ibi: *Nec minus regularis videtur vocatio filij maioris masculi illius Matrimonij, qui paritèr primus post Ducem successurus erat, etiam cum fœmina Primogenita concurrens, eandemque regulam præscripsit sub illis verbis*: Præferendo omni tempore, & casu, masculos fœminis, & maiorem minori, omni tempore gradu succesionis, & ordine genituræ servato: *Gradus enim succesionis servatur omni tempore*

pore in linea inter masculos & fœminas, & ordo genituræ inter masculos eodem gradu existentes, & pariter inter fœminas, quod naturæ maioratus congruens est, nam cum fœmina semper in eo ad succesionem invitetur, nec excludatur à masculo, nisi in eadem linea & gradu existenti, succesioque perpetuò per eandem lineam, gradum decurrat, non aliter fœmina per masculum excludetur, quam si js, aut potiorem lineam habeat, aut in eadem pari cum gradu, cum fœmina concurrat.

377. El tercer reparo, se puede fundar en la circunstancia de estàr concebidos los llamamientos por recta linea masculina. Pero esta circunstancia tiene facil satisfaccion; porque semejantes vocaciones no precisan al concepto agnaticio perpetuo, sino temporal, y limitado à los Agnados que se hallaren en la linea recta, por ser incompatible la rectitud de la linea con lo inflexo, y violento de la masculinidad, como prueba magistralmente el señor Castillo *lib.5.controv.cap.*138. *num.* 18. y por este motivo resuelve con gran firmeza, que en el llamamiento de Uarones por recta linea, estàn comprehendidas las hembras.

378. Cuyos fundamentos nos precisa à transcribirlos la esperança de que pueda dispensar lo difusso la puntualidad de la doctrina; Propone en el *num.* 18. como question no ventilada, si en el llamamiento de Varones por linea recta, estàn comprehendidos los Cognados, y Hembras, diziendo: *Dubium esse egregium, & difficile & ab scribentibus omnibus hujus Regni omnino ommissum, utrum inquam, si ad fideicommissum, aut maioratus succesionem vocati sint agnati per lineam rectam, aut masculi per lineam rectam, exclusi videantur Cognati, sivè fœminæ ejusdem inceptæ lineæ; atque ita, an eis præferatur quilibet agnatus transversalis; Et dubium facit, quod verbum,*

per

per lineam rectam, *habet Incompatibilitatem cum Agnatione, & una alterius ordinem excludit; lineæ namque rectæ natura, masculos & fœminas comprehendi, compertum est; Agnationis autem considerationem fœminarum, & cognatorum admisioni resistere, planum quoque, & certum est.*

379. Y en el *Vers.* siguiente explica, y funda su dictamen en la forma siguiente: *Nihilominus tamen in ea sumus sententia & oppinione, ut agnationis considerationem perpetuam in proposito non admitamus, indeque & consequenter fœminas, aut cognatos lineæ inceptæ non excludi, sed potius juxta ordinarias Primogeniorum regulas, & rectæ lineæ naturam & effectum admiti, & præferri debere, nec ex linea incepta ad aliam posse transitum fieri, quousque omnes ex ea procedentes tam masculi, quam fœminæ defitiant.*

380. Confirma su opinion con varios discursos, y dize: *Pro hac resolutione expendi potest* d.l.2.tit.15.partit.2. *quæ si subtiliter ponderetur, diligere videtur agnationis conservationem, eandemque præ oculis habuisse, dum masculos ad succesionem Regni invitavit, & inmediatè prosequitur*: E esto usaron siempre en todas las tierras del mundo do el Señorio hobieron por linage. *Per quæ verba considerata fuit Agnatio prout Salazar ponderavit* d. cap. 12.num.25. *Et statim lex ipsa masculos eosdem vocat per lineam rectam ut constat ibi*: Pusieron que heredassen siempre aquellos que viniessen por linea derecha; *Et nihilominus prosequitur & expressè statuit*: E por ende establecieron, que si fijo Varon, y no hobiesse, la fija mayor heredasse el Reyno.

381. Prosigue comprobando su doctrina, y concluye diziendo: *Multum itaque difert, quod masculi Agnati vocentur simpliciter, aut quod masculi Agnati per lineam*

rectam vocati fuerint; quia in hoc ultimò casu vocatio masculorum Agnatorum non est exclusiva fœminarum, sed limitata potius ad certam spetiem masculorum, ut si non existant in directione lineæ successivæ, sivè per lineam non procedant (quod idem est) non impediant regulam ordinariam, & favorabilem filiæ ultimi Possessoris, aut descendentium ejus. Quæ est verissima & concludens ratio observationis & resolutionis prædictæ, ut sicut Agnatio non fuit vocata simplicitèr, & absolutè, ita operari non potest absolutè, sed distributivè in qualibet linea superiori, alioquin non sub linea directa, sed sub accidentali, violenta, & obliqua succesio versatur. Y se confirma en su dictamen en el Capitulo siguiente 139.vers. *Sed & temperari.*

382. Y siendo repugnantes entre sì la linea recta, y la masculina, y siendo de superior eficacia la linea recta respecto de todas las demàs, como advierte Roxas *p.* 1.*cap.* 6. *n.* 3. debe ceder la irregularidad de la linea inflexa masculina à la regular de la linea recta, sin alterar la naturaleza del Mayorazgo; singularmente siendo la una natural, y conforme à las leyes, y costumbre de la Nacion, y la otra diametralmente opuesta, y violenta. D.Castillo *d.cap.* 138.*num.* 18.Vers. *Pro hac autem.*

383. Demàs, que resultando de estas dos calidades de lineas repugnantes, dos voluntades opuestas en el Fundador, se debe seguir la interpretacion que mas conforme con la naturaleza del acto, *ex L. si stipulatus* §. *Item si quis de verb.obligat.* ibi: *Ob defuncti voluntatem, & ipsius rei naturam*; y aviendo sido el fin principal de nuestro Vinculante el perpetuar los bienes en su Familia, el qual se logra con la succesion por linea derecha, en la qual funda la naturaleza de los Mayorazgos; se debe presumir que apeteciò la calidad masculina, sin ofensa de la linea recta, donde afiançaba la mayor duracion de su memoria, aun

en

en caſo de conſiderarſe apetecida la Agnacion en los primeros llamamientos. Lo qual no tiene repugnancia alguna en el Derecho, como lo reconoce el miſmo Roſa *d.conſult.* 69.*num.* 24. ibi : *Nec eſt novum, quod maioratus uſque ad certas perſoñas ſint agnatitij, exindè verò fiant regulares, ut in terminis noſtris, ubi ſucceſio extinctis agnatis debolvitur ad fœminas, vel ad alios cognatos*; D.Molina *de Primogen. lib.*1.*cap.*5.*num.*37.& *lib.*3.*cap.*5.*num.*50.

384. A eſto ſe aumenta, que à la calidad de linea derecha và unida la obligacion de *guardar orden de Primogenitura*, la qual debe prevalecer à la maſculinidad, como dixo Camarata *Reſponſ.*49.*art.*4.*num.*5.ibi : *Quoties in diſpoſitione aliqua, ultra ſexum & maſculinitatem, adijcitur qualitas Primogenituræ, tunc ea magis atenditur, cæteriſque qualitatibus præponitur.* Y quando cada una de ellas no fueran baſtantes para excluyr la irregularidad, eſtando unidas, deberian perſuadir la regular prelacion de los Varones tan ſolamente, ſin tranſcendencia eficàz para la excluſion abſoluta de las hembras.

385. Todo lo comprehendiò Cabreros de Abendaño *in tract.de Metu lib.*2.*cap.*9.*num.* 14. ibi : *Ratio eſt, quia maioratus reſpectivus agnationis, non eſt compatibilis cum linea directa, immò non poteſt eſſe res magis repugnans; Agnatio enim non habet lineam, ſed ad ſuam conſervationem neceſſarium eſt translineare & tranſire de una ad aliã: Et nulla verba importantiora ſunt ad inducendam continuationem lineæ primogenitæ, quam verbum linea directa*; Molin.&c.Menchaca *de Succeſ.creat.p.* 3. §. 27. *num.* 20. ubi notat, *quod in maioratibus de linea directa dicuntur deſcendere liberi eorum qui ſunt ſecundogeniti, &c. Et toties quoties atenditur linea directa, quambis agatur de anticipatione Virorum agnationis reſpectu & intuitu, hæc qualitas cedit lineæ, nec intelligitur conceſſa prerogativa*

 Pa-

Patruo verò agnato , aut ejus filio , seu Nepoti adversus filiam ultimi Possessoris. Quia lineæ directè appellatio comprehendit tam masculos quam fœminas. Ex quo fluit , quod si in tali casu non fuisset assertum , quod donec extant masculi, fœminæ non succedant , *succederent eæ ex ea sola vocatione masculorum lineæ directæ. Vnde necessario infertur lineam directam solum producere comprehensionem descendentium illius , in quo radicata fuit succesio.*

386. Esta misma doctrina siguieron Salazar *de Vsu & Consuetud.cap.*12.*num.*61.D.Valenz.*Cons.*97.*num.*119 Noguerol.*en la Alegacion por la Condesa de Ampurias art.*1.*num.*45.& 55.Roxas *p.*1.*cap.*6.*num.*30.317.330.& 340. Pegas *de maiorat.tom.*2.*cap.*14.*num.*117.

387. Todos estos Autores hablan en controversias pendientes entre la hija del ultimo Possehedor, y un Agnado de inferior linea , cuyos terminos distan sumamente de nuestro caso; Pues oy no contiende la succession del Estado de Aranda agnado alguno natural , y verdadero , porque acabaron todos en el Conde Don Antonio ; ni Agnado alguno ficticio, porque no lo ay; ni Masculo descendiente de los Varones, ni Hembras que tubieron llamamiento en el Vinculo de la Vnion: En cuyas circunstancias no es facil encontrar doctrina que embaraçe la pretension de la Condesa que litiga como hija de su Padre , punctim Pegas *de Maiorat.tom.*2. *cap.* 9. *num.* 238. ibi : *Quare cum Testator vocaverit descendentes lineæ directæ masculorum , & rea sit in linea masculina, ipsa in vocatione comprehensa censenda est, cum alij masculi non dentur ex linea masculina* : Aguila ad Roxas *p.*1.*cap.*6.*num.* 353. ibi : *At verò in maioratu agnationis, extinctis masculis agnatis , fœmina agnata masculum ex fœmina excludet, quia agnata est , & ideò fœmina ultimi possessoris , extincta agnatione, præferenda est.*

388. Y aunque limita inmediatamente esta proposicion en los Mayorazgos de sencilla masculinidad, tampoco obsta à la pretension de esta Parte; porque tampoco litiga Uaron que medianres dos, ò mas Hembras descienda de alguna de las hijas de los tres sobrinos del Vinculante, por aver faltado todos los llamados en la Escritura de Vnion, y aver quedado unicamente llamada la Condesa de Peralada, y con las calidades de hija, y heredera del ultimo Possehedor: De donde se infiere por inevitable consequencia, que en fuerça de dicho Vinculo, ò se le deben entregar los bienes con libertad, como heredera de su Padre, ò debe ser declarada legitima Successora del Estado, como hija del ultimo Possehedor.

§. III.

PRVEBASE LA INCLVSION DE LA CONDESA à la succesion del Estado de Aranda, en fuerça del Vinculo llamado de la Vnion.

389. FUnda su llamamiento la Condesa de Peralada en la *Claus.* 16. de la Escritura de Union, donde en defecto de las hijas, y descendientes de aquellas Varones por recta linea masculina de Don Manuel de Vrrea, llama el Uinculante à las hijas, y descendientes de aquellas Uarones por recta linea masculina de Don Miguel de Urrea (*num.* 27.) de unas en otras, servando orden de Primogenitura, prefiriendo siempre la hija mayor.

390. Pues aunque reconocemos la variedad de opiniones que refiere Fussar. *de Substit.q.*319.*num.*11. sobre estàr, ò no comprehendidas las *Nietas* en la palabra *Hijas*; pero quando la disposicion contiene perpetuidad, como en nuestro caso, por ser fundacion de un Mayorazgo; no admi-

admite contradicion la comprehension de los Nietos, y los demàs descendientes en la palabra *Hijos*, ex D. Molin. *lib.* 1.*cap.*6.*num.*28. ubi Addentes, Mieres *de Maiorat. p.* 6.*q.*15.*num.*8. D.Castillo *lib.*6.*cap.*133.*num.*14. Rosa *Consult.*69.*num.*156. ibi : *Doctores omnes concludunt in maioratibus, appellatione filiorum venire omnes Nepotes, aliosque descendentes masculos; Et appellatione filiarum omnes Neptes, & aliàs descendentes fœminas.*

391. Y aun quando el Fundador se vale de pronombres relativos que demuestran limitada la comprehension à los hijos de primer grado, assienta por cierta la regla referida Pegas *de Maiorat.tom.*1.*cap.*5.*num.*692. ibi : *Principalis conjectura consistit, quando Institutor fecit maioratum, est communis resolutio quod per verba* filius, aut filia, *in feudis, fideicommissis perpetuis, & in maioratibus, ratione perpetuitatis, & finis principalis erectionis illorũ, comprehenduntur Nepotes, & descendentes in infinitum per suam veram intelligentiam; quambis verba sint adminiculata cum pronominibus demonstrativis, & relativis; Ex quibus videatur Institutores voluisse tantummodò comprehendere filios primi gradus.*

392. Singularmente quando el llamamiento de hijas comprehende à las no conocidas, ni nacidas, como lo eran las de Don Miguel(*num.*27.)ex D.Molin.*lib.* 1.*cap.*6.*num.* 29.& Addentes ibi : *Quando filij nondum in rerum natura sunt, quo casu circa eos nulla particularis affectio potest considerari, sed tantum ratio sanguinis, quæ pariter & æque in Nepotibus militat, immò fortius in his, quia per Nepotes magis propagatur sanguis noster, ac memoria, &c. Et eadem ratione ubi substituuntur filij nasciturí nondum cogniti, Nepotes veniunt, eo quod omnes incogniti sunt.*

393. Y mas quando el llamamiento se haze para tiempo incierto, y remotissimo, como en nuestro caso; pues

pues dexaba yà diſpueſtos, y prevenidos antecedentemente el Fundador quinze llamamientos lineales, en los quales avia capacidad de formarſe otras muchas lineas ſubalternas, por cuyo motivo avia de quedar iluſſorio el llamamiento de las hijas de Don Miguel (*num.* 27.) Seſsè *deciſ.* 64. *num.* 14. 45. *&* 108. Luca *de fideicom. diſcurſ.* 71. *num.* 8. Optime Torre *deciſ.* 57. *num.* 19. ibi: *Secunda conjectura emergit ex vocatione facta filiarum poſt plures ſubſtitutionum gradus filiorum maſculorum & deſcendentium ex eis, necnon fratris ejuſque deſcendentium in infinitum; ita ut nedum in incertum, ſed in remotiſsimum tempus contulerit Teſtator ſubſtitutionem filiarum, quo tempore veroſimiliter non erant extituræ filiæ primi gradus,* Surdus &c. *Nam alioquin innanis, atque eluſſoria evaderet dicta ſubſtitutio, ſi intelligenda veniret de filiabus primi gradus.*

394. Lo qual tiene mayor ponderacion, militando la miſma razon en las hijas de Don Miguel (*num.* 27.) que en la Condeſa de Peralada (*num.* 84.) Addentes ad D. Molina *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 28. *&* 29. Verſ. *Sexta*, ibi: *Sexta quando in Nepotibus militat eadem ratio, tunc enim ex identitate rationis, Nepos comprehenditur,* Socinus, &c. pues aſsi como llamò à aquellas no nacidas, por la poſsibilidad de tener hijos Varones, por la miſma poſsibilidad deberà eſtàr comprehendida en aquel llamamiento la Condeſa, aunque no nacida, ni conocida por el Fundador.

395. Confirma todo lo dicho el eſtàr concebido el llamamiento de las hijas de Don Miguel (*num.* 27.) con la Clauſula, *ſuccedan de unas en otras, ſervando orden de Primogenitura, y prefiriendo ſiempre la mayor,* la qual haze indubitable la comprehenſion de las Nietas, y demàs deſcendientes, ſegun la doctrina del ſeñor Molina *lib.* 1. *c.* 6. *num.* 21. donde explicando las palabras, *E que finquen al fijo mayor legitimo de la Ley* 11. *tit.* 7. *lib.* 5. *recopil.* dize:

Quod

Quod non ſolum de filio maiori, ſed de omnibus alijs filijs Primogenitis intelligenda ſunt, ex maioratus natura, & perpetuitate. Con quien conforman Matienzo *Ibidem gloſ. 8.num.6.& 7.* Gutierrez *lib.2.pract.quæſt.92.num.4.* Y hablando de Mayorazgos Ramon.*Conſ.17.num.27.* Suelves *lib.2.Conſ.43.num.47.* Addentes ad D.Molin.*lib. 1. cap.5. num.22.* D.Caſtillo *lib.3.cap. 92. num. 45. & lib.4. cap. 9. num.42.*

396. Conviniendo todos en que ſemejantes llamamamientos, no ſolo comprehenden *à la hija mayor*, ſino tambien à todas las que llegan à obtener la calidad de Primogenitura, como oy la tiene la Condeſa (*num. 84.*) por hallarſe tercera Nieta de Doña Ana Ximenez de Vrrea (*num.39.*) hija Primogenita de Don Miguel (*num.27.*) por no aver perſona alguna à quien pueda pertenecer la Primogenitura en dicha linea.

397. Lo qual funda en conſiderar los Autores por indiſtinguibles, el llamamiento de *la hija mayor*, y el de la Primogenita, *quia ſecundum primevam intentionem, hæc Vox Maior denotat primum natum, & Primogenitus, & maior natus idem ſunt*, Baldus *in L. cum antiquioribus C. de Jur.deliber.* D.Molin.*lib.3.cap.8.num.19.* ubi Addentes *Verſ. quorum ſententia*, Roxas *de Incompat. p. 8. cap. 5. à num.2.ad* 18.*& num.43.* Y la razon es, porque la vocacion de Primogenito, es llamamiento de ſuccesſion perpetua, como dixo el ſeñor Molina *lib. 1. cap. 5. num. 18.* Mieres *de Maiorat.p.2.q.15.num.13.* D.Caſtillo *lib.3.cap. 93.§.1.precipuè num.30.31.38.& 39.cum ſeqq.*

398. Sin que ſe pueda conſtituyr diferencia alguna entre el llamamiento que ſe concibe à favor del Primogenito en numero ſingular, y el que ſe halla pueſto à favor de los Primogenitos en numero plural, ſiempre que la diſpoſicion contiene perpetuidad. Y en nueſtro caſo,

no

no solo concurre la circunstancia de ser perpetua la disposicion, sino tambien el estàr concebido el llamamiento en plural à favor de las hijas de Don Miguel (*num.*27.) con prevencion de que vaya la succesion de unas en otras, y prefiriendo la mayor; en cuyos terminos no es disputable la comprehension de las descendientes hembras en el llamamiento de la hija mayor, y primogenita, Optime D. Castillo *lib.*5.*cap.* 132. *num.* 8. ibi: *Quia verbum HIJO MAYOR, ò PRIMOGENITO, extendit verbum HIJO adquemcumque descendentem, usque adeo, quod etsi feuda resistant generi fœmenino, hæc regula cessat, quando investitura facta reperitur pro filijs masculis maioribus, aut Primogenitis, tunc namque atento naturali & perpetuo Primogenituræ decursu, filia aut descendens masculus cognatus primæ lineæ, præfertur masculo Agnato transversali, quia ponderatur primogenitura potius, quam masculi remotioris gradus.*

399. Por cuyos motivos no admite al parecer disputa, que en el llamamiento de las hijas de D. Miguel (*n.*27.) està comprehendida la Condesa (*num.* 84.) como si fuera hija del mismo Don Miguel, y la llamada en primero lugar; pues de otro modo se seguiria el absurdo, de que los transversales, y mas remotos descendientes de otras hermanas llamadas en ultimo lugar entrarian à succeder antes que la hembra, y sus descendientes Uarones de la linea primogenita, donde se halla la actual possession, en la qual està constituyda la Condesa (*num.*84.) Rosa *Consult.* 69. *num.* 155. ibi: *Et erit observandum, quod necessario sub nomine filiorum Primogenitæ comprehenduntur Nepotes, & omnes alij descendentes masculi ipsius; Et sub nomine filiarum omnes fœminæ, alioquin opporteret dicere, quod deficiente primogenita sine filijs, sed cum Nepotibus, vel alijs descendentibus ex filijs etiam masculis, admitti debeat secundoge-*

dogenita, quod esset contra naturam maioratus: Ex qua ratione DD. omnes concludunt, in maioratibus appellatione filiorum venire omnes Nepotes, aliosquè descendentes masculos; Et appellatione filiarum omnes Neptes, & alias descendentes fœminas, siguiendo la Autoridad señor Molina *lib.* 1.*cap.*6.*num.*28. con Mieres *de Maiorat. p.*6.*q.* 15.*num.*8. D.Castillo, y D.Larrea; y lo mismo dixo con pocas palabras Luca *de fideicom.discurs.*71.*num.*9.ibi: *Secundo ubi alias resultaret absurdum, ut extranei, aut alias minus dilecti excluderent descendentes, vel prædilectos, ex plenè traditis per Fussar.&c.*

400. Hazese mas recomendable todo lo dicho teniendo presente, que no siendo conocidas por el Fundador las hijas de Don Miguel (*num.*27.) ni sus descendientes hembras, no se puede considerar motivo de predileccion en el Uinculante, respecto de las unas, ni las otras, ex D.Castillo *lib.*5.*cap.*92.*num.* 58. Vers. *Rursus*; y consiguientemente el llamamiento de Uarones de la hija mayor, no se puede, ni debe contraher, y limitar à los Varones de la inmediata, sino que deben estàr comprehendidos tambien los hijos de la hembra mediata descendiente de la hija mayor del dichò Don Miguel: Y asi como aquella deberia succeder antes que sus descendientes Uarones, y primero que los descendientes Varones de sus hermanas; tambien la Condesa (*num.*84.) deberà succeder antes que sus descendientes Varones, y primero que los descendientes Varones de qualesquier otras hijas de dicho Don Miguel, aun en caso que las hubiera, segun se decidiò en la Real Audiencia de Valencia por Sentencia de 12. de Mayo de 1666. confirmada por el Consejo Supremo de Aragon en 17.de Octubre de 1678. à favor de Don Felix Joseph Muñòz, Varon de hembra descendiente de la linea primogenita, contra los Uarones de hija inmediata, como resul-

esulta de los motivos, ibi: *Nec discrimen aut ratio aliqua diversitatis considerari potest inter casum sequutum defectus masculorum, existentibus filiabus inmediatis D. Don Ludovici Primogeniti, & illis non extantibus, sed alijs fœminis ex descendentibus eorum; quia nec filiæ inmediatæ, nec aliæ fœminæ fuerunt cognitæ à Testatore, & qua ratione prætulit filias inmediatas incognitas ex prædilectione dicti Don Ludovici, eadem ratione afirmandum est, illum præferre voluisse alias fœminas ulteriores descendentes ex D.D. Ludovico.*

401. Ni puede ser de reparo el dezir, que las hijas que llamò el Vinculante fueron las de su sobrino Don Miguel (*num.* 27.) por cuyo motivo debe ser taxativo el llamamiento à las hijas del primer grado. Porque se responde, que el argumento podria tener lugar, si las hijas estubieran llamadas por sus nombres propios, segun la *decis.* 53. *num.* 21. de Sessè; pero estando concebido el llamamiento sin esta expression, se entienden puestas estas palabras demonstrativè tantum, pero no taxativè, por ser preciso el nombrar al Padre para que pueda saberse, de quien han de ser las hijas que han de succeder, Fussar. *q.* 321. *num.* 28. ibi: *Et verior oppinio mihi videtur, quia semper est necessè exprimere nomen Patris filiorum vocatorum.*

402. Y en terminos mas fuertes, como son de Donacion hecha à la hija en Matrimonio cierto, con pacto de bolver los bienes al Donante, en caso de no tener hijos Varones la Donataria, como no los tubo del primero Matrimonio, sino del segundo; entendiò Fontanela, que avia faltado la condicion del pacto reversivo de los bienes, con la existencia de los hijos del segundo Matrimonio, dizelo en el Tratado *de Pact. Nupt. claus.* 10. *glos. unic.* à *num.* 47. ibi: *Quia ex supradictis apparet, quod Donator*

 effec-

effectum ipsum resultantem ex conditionis eventu considera-vit, & ideo non refert, quid ex æquipolentibus fiat, & utrum conditio per eum modum, quem ipse expressit, an vero per alium impleatur, dummodo sequatur effectus principaliter intentus: Inde consequenter elicitur, quod verba illa quæ restrictiva videntur respectu filiorum primi Matrimonij, non possunt dici taxativè, & limitativè, sed immò demonstrativè apposita, ut dicitur in eadem resolutione, &c. Vbi videtis qualiter jam sit de jure, quod potius demonstrativè, quam restrictivè, & limitativè, verba apposita dici debeant regulariter.

403. Demàs, que en succesiones de Mayorazgos en fuerça de la perpetuidad no admite disputa, que en llamamiento *de hijo, ò hija mayor*, estàn comprehendidos todos los descendientes, sin poderse limitar, y contraher al primer grado, aunque la Vocacion estè hecha con pronombre *meus, vel tuus*, ex D.Molin.*lib.*1.*cap.*5.*num.*21.Matienzo *lib.*5.*nov.recopil.L.* 11.*tit.*7.*glos.*8.*num.*3. D. Castillo *lib.*5.*cap.*92.*num.*44.Xamar *Rerum judic.defin.*97.*num.* 6.D.Crespi *observ.*22.*à num.*170.

404. Todo lo qual tiene menor dificultad en nuestro caso, por no aver Litigante de los que compiten la succession del Estado de Aranda à la Condesa Doña Antonia (*num.* 84.) que tenga llamamiento en la Escritura de Union, ni por sì, ni por ascendiente alguno de donde deriban su descendencia; y pendiendo la Lite en un Juyzio Possessorio, qual es el presente, tiene menos dificultad la pretension de esta Parte; porque quando las hembras estàn llamadas en la fundacion del Mayorazgo, como lo estàn en el caso presente, y la hija del ultimo Possehedor pretende la succesion, debe ser manutenida en la possession, ex D. Molin.*lib.*3.*cap.*4.*num.* 41. ibi; *Vltimo autem loco ex supradictis etiam infertur, quod cum fœmina ex*

juris

juris communis dispositione, masculis ejusdem gradus, ac lineæ desitientibus, ad maioratus succesionem admitenda sit; Si masculus remotioris lineæ, ac gradus illam excludere pretendat, interim in maioratus possessione ipsa tuenda, atque conservanda erit, semperque in juditio possessorio obtinere debet. Y en pocas palabras dixeron lo que todos los demàs, los Addicionadores, ibidem, *Merito itaque in possessione Maioratus tuetur, donec aliud compertum sit, ac perspicuè constet.* Reg. Leo *decis.*209.*num.*22. Vela *disert.* 49. *num.* 74. Noguerol *Allegat.* 25. *num.* 94. Argelo *de adquir. posses. q.*3.*art.*10.*num.*41. & 107. Roxas *de Incompat. p.*1.*cap.*6.*num.*150. ibi: *Ideo hæc linea possessoris efficatior est quam alia, & ejus virtus præpotentius influit recta via in possessoris filios, vel alios eius descendentes, adeò quod etiam in maioratu irregulari filia ultimi Possessoris obtinere debet in thenuta, vel judicio possessorio, & tuenda est interim in possessione bonorum maioratus, donec de proprietate discutiatur, QVOTIES RES ALIQVAM, ETIAM MODICAM, HABEAT DVBITATIONEM.* Citando gran copia de Autores q̃ comprueban el mismo dictamen.

405. Sin que pueda embaraçar este concepto la opinion de algunos Autores que han querido deducir Agnacion del gravamen de apellido, y armas; por no ser practicable en España, ni digno de ponderarse por fundamento, ò congetura de Agnacion, y asi la desestima el señor Don Luys de Molina *lib.*2.*cap.*14.*num.* 9. ibi: *Sed quambis scribentes, quos superius retulimus, nominis, atque armorum conditiones ad hæc usque protrahere velint, eorum tamen oppinio in Hispania hucusque admissa non fuit, immò ex Hispaniæ consuetudine, gravamen nominis, & armorum, æque fœminis, ac masculis adimpleri potest; nec ex armorum seu nominis gravamine, hucusque vissum, nec auditum est, quod judicatum fuerit agnationis, seu masculini-*

linitatis conjecturam induci; y con muchos D.Castillo more suo *lib.6.contr.cap.*136.*num.*75.*& cap.*160.*n.*6.Urzeolo *Consult.Forens.Consult.*60.*num.*17. & 18. & *Consult.* 69. & 78.Rota *decis.*16.*num.*9.*ad Luc.de fideicom.*

406. Ni tampoco la que han querido deducir, de aver mandado dotar à las hembras, ut deducitur de las mismas Autoridades; y en este caso con mayoridad de razon, considerando el llamamiento que tienen, la incompatibilidad que queda advertida llegando à casarse, quando no se entendiesse rigurosamente de aquellas, que no llegassen à succeder, por estàr ocupada la succesion, y la linea, aut ex alia causa, como se advierte por las mismas Autoridades, & ex Guirba *decis.*32. *à num.* 16. Casanate *Cons.* 6.*num.*31.D.Don.Joannes del Castillo *lib.* 6. *controv. cap.* 133.Idem D.Molina *d.lib.*3.*cap.*5. *num.* 51. y los Addicionadores *al num.* 52. donde concluyen. *Quod authoritas Authoris Sententia verissima est, fortius in Hispannorum Primogenijs, ubi exclusio fœminarum debet esse expressa.*

407. Ultimamente, de que el mandarlas dotar, es solo en el caso que se previene en la misma Fundacion, y no se puede tener por congetura para persuadir la irregularidad, como tampoco lo es el no llamarlas, si el Mayorazgo no tiene razon expressa de conservar agnacion, Idem AA. ubi proximè, & Barbatia *de fideicom. p.* 1. *num.* 11.& 127. quando no se considere tambien con derecho preciso à la succesion de dicho Mayorazgo, Casa, y Estado à la Condesa Doña Antonia propio nomine, & propia Vocatione, y no por deribacion, y dependencia precisa de su Ascendiente, ni por su representacion, como regularmente se sucede en los Mayorazgos, ut ex Baldo *in Auth. Cessante num.* 3. *C. de legit. hæred.* Socino *in L. Gallus §. nunc de lege num.*5. *ff. de lib. & Posthum.* Menoch. *Cons.* 802.D.Gregor.Lopez *in d.l.*3.*tit.*13.*partit.* 6. *glos. magna* q.22.D.Molin.*lib.*1.*c.*1.*n.*17.

Tampo-

408. Tampoco puede ser de consideracion el argumento que puede inferirse à favor de la masculinidad de la *Clausula* 21. de la Escritura de Vnion, alli: *Y en caso, que descendientes Varones de los dichos nuestros sobrinos faltassen en qualquier manera, y en qualquier tiempo; de suerte que no sobreviviesse Varon descendiente de ellos, de legitimo Matrimonio procreado, habil, capaz, y suficiente para la dicha succesion; la Casa, Estado, y Mayorazgo nuestro, con los pactos, Vinculos, cargas, y condiciones sobredichas, y abaxo escritas, y por Nos en la presente Ordinacion puestas, y ordenadas, queremos, ordenamos, y mandamos, aya de pervenir, y pervenga en aquel, ò aquellos, &c.* Con la qual se puede formar este sylogismo: Segun la letra de la Escritura de la Vnion, caso que en qualquier manera, y en qualquier tiempo falten Varones descendientes de los tres sobrinos del Vinculante, deben succeder los llamados en el Testamento de dicho Fundador; No ay descendiente alguno Varon de los tres sobrinos del Instituyente: Luego deben succeder los Varones llamados en el Testamento con exclusion de las Hembras descendientes de los tres sobrinos del Vinculante.

409. Pero esta instancia tienes varias satisfacciones: La primera es, que dicha Clausula no induce nueva disposicion en los llamamientos anteriores, por estàr concebida con las palabras: *Por el orden, y en la forma, y manera arriba dichas*, ex Barbosa *dict.* 396. Y assi no resultando de lo antecedentemente dispuesto literal exclusion de las Hembras, sino solo prelacion de los Masculos, no se puede inducir calidad irregular en el Mayorazgo; singularmente aviendo usado de las palabras comprehensivas de ambos sexos, como son: *Las personas llamadas, y nombradas*, ut per *tex. in Cap. mulieres de Sent. Excomunic.* animadvertit Gratian. *discept. forens. cap.* 58. *à num.* 19.

410. Lo otro; porque dicha Clausula no contiene exclusion alguna de hembras, y assi estando estas antecedentemente llamadas, el llamamiento de Uarones solamente les puede atribuyr una prelacion regular, como tenemos fundado con recomendables doctrinas, y repetidos juzgados.

411. Y lo contrario seria destruyr con una Clausula generica, y relativa todos los llamamientos de las hembras especificos, apelativos, y genericos que se leen en dicha Escritura, lo qual es contra la letra de la fundacion del Mayorazgo, y repugnante à la voluntad del Vinculador, pues llamò especifice à Doña Maria, y Doña Catalina sus Nietas, y à Doña Ana de Urrea su hija; Con llamamiento apelativo à las hijas que tubiere en Doña Barbara de Monsalve, y las hijas de sus tres sobrinos; y con vocacion generica en el *fol.* 115. del Memorial Vers. *si casaren*, donde dà providencia para que casando sus hijas, y nietas con Varones que no fueren descendientes de Casas, y Familias Ilustres, ellas, y sus descendientes queden excluydas de la succesion omitiendo la palabra *Varones*; argumento claro de que quiso excluyr tambien à las hembras que descendieren de la hembra contraviniente; lo qual explica por necessario antecedente, que las avia llamado à la succesion, porque de otro modo no podria privarlas de ella.

412. Lo qual se convence con mayor evidencia, teniendo presente que en la *Clausula* 19. de dicha Escritura *fol.* 122. del Memorial Vers. *Y en defecto*, en falta de los Varones legitimos descendientes del Fundador, sus hijas, nietas, è hijas de sus sobrinos, llama à los descendientes Uarones de dichos sobrinos, aunque sean por linea femenina; *de uno en otro, de mayor en mayor, servando orden de Primogenitura, prefiriendo los descendientes de Don Lope,*

à los de Don Manuel, *y los de este à los de Don Miguel*, sin repetir la calidad de Varones. Y assi aunque en la vacante causada por muerte del Conde Don Antonio fuesse menester para el ingresso de la succesion en las lineas de dichos sobrinos, que el Successor fuesse Varon, almenos de linea femenina, como lo fue el Conde D. Pedro Pablo (*num.62.*) Pero para el progresso de aquella, y para calificar la prelacion entre los descendientes de dichos sobrinos, no debe repetirse la calidad de Varon, que no repitiò, si que omitiò el mismo Fundador; por ser cierto que la palabra *Descendientes*, es igualmente comprehensiva de Uarones, y hembras, ex latè congestis à Torre *de Maiorat.p.2.quæst.54.à num.2.*

413. Lo mismo resulta de las Clausulas *del folio* 124. *y* 125. del Memorial, donde el Vinculante manda que se observe lo dispuesto en la Escritura de Vnion, privando del Mayorazgo al que contraviniere à su contenido; pues callando la calidad de Varon, usa solamente de las palabras: *Successor*, *Predecessor*, *Successores*, *y Personas que succedieren*, las quales son capaces de comprehender Varones, y Hembras, ad tradita per Torre *p.1.cap.25.núm.* 52. y lo mismo se califica mas, con toda la Escritura de Loacion, que està à *fol.*127. del Memorial en que se habla del Mayorazgo fundado por Don Miguel, y que lo hizo à suplicacion, pedimento, con voluntad, consentimiento, y sabiduria de los que lo aprueban, sin que expressen calidad alguna irregular, si que usan igualmente de las palabras: *Succesion*, *Successores*, *y Descendientes*, omitiendo la palabra *Varones*, è incorporando en el *fol.* 130. Vers. *E para mayor contentamiento*, la Baronia de Trasmòz al Estado de Aranda, para que se succeda en aquella, como en este, queriendo tambien, que por dicha Escritura de Union, se succeda en dicha Baronia, siempre, y quando

el

el Estado de Aranda perviniesse à dichos sobrinos, ò sus descendientes, y aviendo pervenido à los Condes Don Pedro Pablo, y Don Dionysio, parece, que asi como en la Baronia de Trasmòz ha succedido su nieta, è hija la Condesa de Peralada, procede el que se declare tambien aver succedido en dicho Estado de Aranda, como unica descendiente de Don Miguel, sobrino del Uinculante.

414. Tampoco puede ser considerable à favor de la masculinidad el estàr concebidos los llamamientos de Varones en la Escritura de la Vnion con la circunstancia de aver de succeder, *de uno en otro*; por no ser esta congetura exclusiva de la regularidad del Mayorazgo, como resuelve Graciano *tom.5.cap.836.num.6.*ibi: *Vbi etiam quod verba, de uno in alium, ostendunt fideicommissum successivum,* Màntica *de Conjectur. lib.8.tit.18.num.68.* Mieres *de Maiorat.p.2.q.6.num.349.& 351.*

415. Y por la misma razon de inducir estas palabras un llamamiento colectivo, y general de la descendencia, hazen de Fideicomisso, y Mayorazgo los bienes en que se ponen, que es el sentido en que ponderò esta palabra D.Molin. *lib.1.cap.5.num.39.* Surd.*Cons.231.num.31.lib.2.* D.Castillo *lib.5.cap.93.§.4.num.10.* illic: *Et idem dicendum est, si Testator mandaverit bona transire de uno in alium, & §.5.num.3.§.12. num. 9.* Marc. Cutel. *decis. 40. num.7.& 9.p.2.*

416. De que se infiere, que en qualquier Fundacion, que estas palabras: D*e uno en otro*, se hallaren puestas, admitiràn la hembra en el lugar, y grado, que le tocare por succesion regular, como lo hazen todas las palabras colectivas, y de llamamiento succesivo, como en terminos lo comprueba Ancarrano *Cons.241.in princ.* Socin. *in L.Gallus §.nunc de lege col.ultim.*& ibi Aretinus *ff.de liber. & Posth.* Jason *in L. sed si hæc §.si vero ff.de in Ius vocando,*

do, Alexander *Conſ.*80.*in fin. lib.* 1. Idem Jaſon *Conſ.* 17. *col.*2.*vol.*4. Beroyo *Conſ.* 120.*à num.* 1.*ad* 4.porque aviendo pueſto en el *num.* 1. la Clauſ. *de Maiori in maiorem*, y en el *n.* 3. proponiendo tambien los demàs llamamientos colectivos, y ſuccefsivos, dize de todos en el *num.* 4. *Ratione itaque juris primogenituræ, quod ex Pacto in his bonis ſervatur, deſcendentes fœminæ, & alij per fœminas deſcendentes qui ſint Primogeniti ſuccedere poſſunt excluſis maſculis à ſecundogenitis deſcendentibus.* Seſsè *d.deciſ.*254. *num.* 59. ibi: *Et in hoc caſu, in quo bona ſunt libera, & non feudalia, ſuccedunt de jure fœminæ, & earum filij dumtamen ſint Primogeniti excluſſo ſecundogenito, & ejus filijs.*

417. Y lo que es mas, aunque la maſculinidad eſtubiera pueſta en los grados anteriores, es la mas cierta, y verdadera Sentencia que no ſe repite en eſtas palabras: *De uno en otro*, como advierte Beroyo *Conſ.* 20. *num.* 20. *cum ſeqq.* & *num.*31. & 24. *lib.* 2. que habla en un llamamiento hecho en Capitulos Matrimoniales, en favor de los hijos Varones, y de ſus deſcendientes de mayor en mayor, y funda, que no ſe repite en ellos la calidad de Baronia, y que ha de ſucceder la hembra hija del ultimo Poſſehedor con excluſion del Varon mas remoto, Molin. *de Rit. Nupt. lib.* 3.*q.* 23.*num.*46. que dixo que la maſculinidad expreſſa en el primero hijo, no paſſaba en los demàs, Fuſſar.*q.*246.*num.*2. que afirma, que en las palabras, *de hærede in hæredem* viene la hembra. Ruin.Jun. *Conſ.* 741. *à num.*20.*ad* 23.*lib.* 7. reſuelve, que el llamamiento *de Primogenito in Primogenitum*, y los ſemejantes, ſe deben entender por ſuceſion regular, y en el *num.* 92. ſiendo la Clauſula ſobre que eſcribia: *Succeſsivè de Primogenito in Primogenitum, donec ejus linea maſculina durabit*, dize, que ſe ha de entender de linea recta efectiva para que todos los de ella, de qualquier calidad que ſean, ſuccedan

antes

antes que los de la linea transversal, Ancarran. *Conf.334. num.7.* à quien cita, y sigue D. Molina *lib.3.cap.5.num.71.* dixo: *Quod ubi vocati sunt masculi successivè*, que es lo mismo que: *De uno en otro*, ut suprà: *In defectu masculorum, fœminæ*, se entiende de los Varones de la misma linea, y grado, pero no de los mas remotos, Surdo *Conf.* 317. *num.* 37. & 38. *lib.* 3. funda, quod si fœminæ ex concessionis forma vocatæ sint successivo ordine post masculos, se ha de entender, que solo se prefieren à las hembras los Varones de la misma linea, y grado.

418. Lo mismo prueba Alexandro *in L.Gallus 29.§. nunc de lege de liber.& Posth.* en caso mucho mas apretado que este; porque un Testador avia instituydo Herederos à sus hijos Varones, y queria que la herencia fuesse de uno en otro descendiente suyo por linea masculina; muriò uno de los hijos sin dexar hijo Varon, sino una hija, y resuelve, que no queda excluyda, y succede, y excluye à los otros; alli: *Et ideò his diebus de facto consului: Testator instituit filios suos masculos dicens, se velle quod hæreditas sua vadat de uno in alium descendentem per lineam masculinam: Decesit unus ex filijs, nullo ex se masculo relicto, sed una fœmina relicta, superexistentibus tamen fratribus ipsius descendentis, ut supra invicem substitutis; Tenui, quod filia illa, fratres descendentes excludat, licet quidam contrarium consulerint, & malè*: Y esta resolucion de Alexandro aprueba Jason, y la sigue refiriendo las propias palabras in d.§.nunc de lege *num.*14. y Claudio alli *num.*11. Y el mismo Alexandro *Conf.53.num.9.lib.6.* Socin.Sen.*Conf.* 51.*num.6.lib.*4.

419. Ruyno *Conf.*149.*num.*2.*lib.*2. Decio *Conf.*320. *num.*1. Paz *Conf.*47.*num.*41.*lib.*3. Rub.*Conf.*128. *num.* 5. Curt.Jun.*Conf.*5.*num.*25.& *conf.*115.*num.*20. Beroy.*conf.* 77.*num.*18.*lib.*2. Cels.Hug.*Conf.* 120. *num.* 25. Menoch.

Conf.

*Conſ.*215.*num.*9. *lib.*3. ibi: *Teſtator inſtituit filios maſculos adjecta conditione, his verbis, quod hæreditas ſua tranſiret de deſcendẽte in deſcendentẽ per lineã maſculinã, deceſit unus ex filijs nullo maſculo relicto, ſed una fœmina, ſuperſtitibus fratribus defuncti*, y reſpondiò: *Filiã excludere fratres illos*, que tambien es Clauſula mas apretada que eſta, en quanto hubo llamamiento de todos los hijos Varones, y ſe puſo à uno, y otro deſcendiente la calidad maſculina; Lo miſmo reſpondiò Horat. Giob. *lib. reſp.* 7. *num.* 6. ibi: *Nam ſi teſtator inſtitutis filijs ſuis adjecerit, ſe velle, quod hæreditas ſua tranſeat de uno deſcendenti in alium per lineam maſculinam, fœmina ſuperſtes ex maſculo admititur ad fideicommiſſum*: lo miſmo dixo Gofred. *Conſ.*34. *num.* 14.

420. Seſsè *deciſ.*254. *à num.*107. *ad* 109. in reſponſ. ad motiva Sententiæ *fol.*193. *tom.*3. afirma, que de ninguna manera ſe repite en las palabras: De uno en otro, la calidad maſculina, aunque antes eſtubiera pueſta, ibi: *Et certiſsimum eſt, verbum*; de uno alium, & de maiori in maiorem, *quæ idem ſunt, ac ſi diceret de Primogenito in Primogenitum, ſignificare ſolum ordinem ſuccedendi unius per alium ſucceſivè abſque repetitione maſculinitatis*; y lo repite en el *num.*109. ibi: *In Clauſula*; de uno in alium, *non eſſe repetendam qualitatem per lineam maſculinam, unde ſecundum regulas ſucceſionum, ſuccedere de proximiori in proximiorem, erit ſuccedere de uno in alium.*

421. Y el mejor lugar que para el intento, ſe puede traer, es la *Ley.*2. *tit.* 18. *partit.* 3. que dixo nombrando primeramente el mayor que debe ſer heredero, y deſpues de èl *los otros fijos Varones, uno en pos de otro, ſegun que fuere mayor de dias, & ſi Varon non hobieſſe, la fija mayor*, y ſin embargo que ſe llama à los fijos Uarones uno en pos de otro en lo diſpoſitivo, y condicional, y no ſe llamò la hembra, ſino es deſpues de todos, qualquier de los Varo-

nes

nes que dexasse hija, succederia indubitablemente primero, que los demàs hijos Uarones llamados; Porque es Ley que habla formalmente en succesion regular.

422. Y sin que à esta opinion, y concepto obste, la de algunos Autores, que han querido deducir congetura de Agnacion de la referida palabra: *De uno en otro*, como son Paris.*Cons*.55.*num*.6.*vol*.2.Peregrin.*de fideicom. art*.13.*num*.66.Mantic.*de Tacitis lib*.8.*tit*. 18.*num*. 7.& 16. Porque todos hablan en muy diferentes terminos, que en este; porque en ellos, ò estaban llamados los Varones absolutamente, ò por via de regla, de manera que influyesse en todas las otras Clausulas, ò estaban excluydas las hembras, ò puesta la calidad de Baronia diziendo: *De uno en otro*,y abraçando ambos extremos:*De quo*,& *ad quem*, combiniendo en que no bastarà el uno sin el otro, pero no en nuestro caso, que està puesta simpliciter.

423. Y la del señor Don Juan de Larrea *decis*. 34. confirma nuestro concepto; Porque aunque es asi, que tiene la palabra, *de uno in alium*; pero en la Fundacion, se avian llamado los Varones con la palabra: *Semper*, que induce regla, y se avian excluydo las hembras, *ut in d. num*.1. *Semper vocabantur masculi*, & *perpetuò fœminæ excludebantur*; y asi no era mucho, que en las palabras, *de uno in alium*, entendiera, *de uno en otro Varon*; y en la *decis*.54.*num*.9.11.& 18.*tom*.2. fue la Clausula: *Ita ut de masculo in masculum procederet*: Con que llebaba la Baronia en ambos extremos, y aqui no avia mas, que de uno en otro, sin tenerlo en alguno.

424. Y Sesè in *d.decis*.254.*num*.106.se debe entender en esta forma, como consta de las palabras arriba referidas, y porque la Clausula de la Capitulacion sobre que escribiò, fue muy diferente de este Pleyto; porque dezia en vida, y en muerte, no pueda disponer, sino en hijos

ſuyos Varones, y en ſus deſcendientes de ellos Varones de uno en otro, guardando la orden de Primogenitura, de manera, que avia en ella llamamiento abſoluto de Varones; por lo qual no es mucho que fundaſſe, que comprehendian un Varon de hembra, por quien eſcribia.

425. De todo eſte diſcurſo queda manifieſtamente probado, que las palabras: *De uno en otro*, pueſtas aſsi en las Capitulaciones, como en la Eſcritura de Vnion, de ninguna manera ſon poderoſas para excluyr la hembra del lugar regular que le toca, y eſto es lo que determinò el Conſejo en el Pleyto del Eſtado de Alcaudete, que tubo mucho mayor dificultad que eſte; porque la Clauſula, ſegun una Fundacion, dezia: *Vaya de hijo en hijo Varon*, y en otra, *de hijo en hijo mayor*; y en ambas: *E aſsi, que ſiempre ſea de fijo en fijo Varon legitimo*, dando la Thenuta à la hembra en competencia del Varon agnado; y lo miſmo ſucediò en el Eſtado de Maqueda; en el de Coruña; y en el de los Ramirez.

426. Pero en nueſtro caſo, aun tiene menos dificultad por dos razones, la primera; Porque en el llamamiento que ſe haze de las hembras, ſe pone la Clauſula: *De una en otra*, ibi: *Y pervenga en las otras nueſtras hijas legitimas, y de legitimo Matrimonio procreadas, y en los fijos deſcendientes de aquellas Varones por recta linea maſculina legitimos, y de legitimo Matrimonio procreados, de una en otra ſervando orden de Primogenitura, &c.* en que parece ſe halla comprehendido todo eſte concepto; La ſegunda, por eſtàr aſsi eſtimado en las Sentencias de Repoſicion, que quedan advertidas en la linea de la Condeſa Doña Antonia, ſin embargo de la interpoſicion de las hembras, que ſon las de los (*nn.*39. y 50.)

427. De cuyo preſupueſto cierto ſe deduce tambien, que aunque en la ſegunda claſſe de llamamientos

se quisiesse sacar, ò deducir (aunque sin fundamento à nuestro corto entender) una Agnacion artificiosa, quedaba por esta regla tambien assegurado su derecho, y mas concebida con la capacidad de succeder, que es uno de los modos con que se forma.

428. Y finalmente por hallarse yà decidida, y resuelta en Castilla toda la duda, y question, que ha habido entre los Autores sobre esta materia, por *la Ley 13. tit. 7. lib. 5. recopilat.* ibi: *Lo qual visto por los del nuestro Consejo, y con Nos consultado, fue acordado que debiamos mandar, y declarar, como declaramos, y mandamos, que las hembras de mejor linea, y grado, no se entienda estàr excluydas de la succesion de los Mayorazgos, Vinculos, Patronatos, y Aniversarios, que de aqui adelante se fundaren, antes se admitan à ella, y se prefieran à los Varones mas remotos, ansi à los Varones de hembras, como à los Varones de Varones, sino fuere en caso, que el Fundador las excluyere, y mandare que no succedan, expressandolo clara, y literalmente; sin que para ello basten pressunciones, argumentos, ò congeturas por precisas, claras, y evidentes que sean.*

429. Lo mismo se previene por la *L. 14.* del mismo titulo, hablando de succesion por derecho de representacion en los Mayorazgos, ibi: *Sino es que el Fundador huviesse dispuesto lo contrario, y mandado que no se succediesse por representacion expressandolo clara, y literalmente, sin que para ello basten pressunciones, argumentos, ò congeturas por precisas, claras, y evidentes que sean.*

430. De suerte, que una, y otra obligan en fuerça de Ley, ù de razon à que se determinen en esta conformidad todos los Pleytos, aunque tengan la palabra: *De alli adelante*, como observò singularmente Gama *decis. 51. num. 6.* ibi: *Ideòque non obstat, quod dicitur legem illam, non esse extendendam ad præteritas Causas, quia lex illa decla-*

declaratoria videtur juris dubij antiqui, *quo fit ut etiam præteritos casus comprehendat*, *ut per DD. ajunt* in cap.fin. de constitut. *Lex enim declarans antiqua dubia*, *nihil agit de novo*, Argum.tex.in l.hæredes palam §.fin.ff.de testam. *Sic tamen legem illam intelligendam fore non affirmarent*, *latius dicturus in decis.alia. Nec obstat*, *quod lex loquitur per verbum*, deinceps; *Illud enim verbum secundum ipsum referendum est ad sententias*, *non ad causas.*

431. *Idem ingeniose in hac re dicebat Albar.Valasc.ut etiamsi concedamus legem illam non extendi ad casus præteritos*, *nos saltem de honestate*, *secundum illam deberemus judicare casum præteritum*, *non ex vi legis*, *sed quia dignum sit*, *nos eam oppinionem eligere quam lex nova declarat*, *Veriorem esse.* Lo mismo notò sobre la referida *Ley* 13.eruditamente Mar.Cut.*decis.*40.*num.*88. *in fin. &* *num.*89.*tom.*2.ibi: *Quorum sententia odiè reperitur canonizata per leg.Castellæ promulgatam anno* 1615. *quam refert Castillo lib.*4.*controv.cap.*56.*num.*100.*ubi disponitur, quod in maioratibus non censeatur inducta qualitas masculinitatis ad exclusionem fœminarum*, *nisi expresse à Testatore reperiantur exclussæ.*, *& quod expresio ista per quam excludantur sit clara*, *& literalis*, *adeò quod non sufficiant conjecture*, *& præssumptiones*, *quambis apertæ, claræ, & evidentes stiterint, cujus pragmatica decisio ponit in casu nostro gladium ad radicem.*

432. Concluyendo su Autoridad, y dictamen en que la referida Pragmatica es de grande eficacia, y consideracion etiam extra Regnum, & in præteritis, en el mismo *num.* ibi: *Et si dicatur*, *ut dictum est*, *hanc Leg. Castellæ non dare formam fideicommisis Italiæ, cujus Sardini Insula portio est.*, *ubi Donatio*, *de qua agimus*, *fuit celebrata*; *& quod lex nova futuris, non præteritis dat formam Negotijs; Respondetur*, *hanc Pragmaticam in Castella, non tam novi*

juris productivam, quam veteris interpretativam esse: Declarat quippè qualis sit Majoratuum natura, qualisque oppinio sequenda in casu isto, super quo antea aderant oppiniones variæ, & per Leg. Castellæ ob ejus authoritatem posse decidi negotia aliorum Regnorum Coronæ, quando in eis non adest particularis ad rem dispositio.

433. De cuyas Leyes, y Pragmaticas, asi de la Representacion, como de la Succesion, que quedan referidas, y de su observancia, è inteligencia testifica D. Don Juan del Castillo *d. lib.* 4. *controv. cap.* 56. fere per tot. & formiter. *num.* 100. ibi: *Ex eisdem autem interpratatio, & explicatio deduci potest ad alteram Pragmaticam noviter æditam, qua æquidem novum jus introducitur & statuitur, ut licet atento jure communi, & juxta communes omnium Interpretum Resolutiones, & Sententias; fœminarum exclusio in Maioratibus & Vinculis perpetuis, propter masculos remotioris lineæ, & gradus, & conservationis agnationis inductis, non modo ob expressam ejusmodi agnationis conservationem omniumque masculorum, etiam remotorum, vocationem expecificam, fœminarumque exclusionem induci posit, ac debeat, sed etiam ob tacitam, conjecturatamque voluntatem, quæ ex legitimis conjecturis colligitur, atque deducatur, sicuti per Ludovicum Molinam.*

434. Y resuelve ibi: *Attamen ex nova constitutione Pragmaticæ dictæ, non alias in favorem masculorum remotiorum agnationis conservatio, nec fœminarum proximioris lineæ & gradus exclusio induci poterit, quam si Institutor Maioratusmetipse expressè eas exclusserit, atque masculos etiam remotiores specificè ad succesionem invitaverit, idque clarè & literaliter exprimendo, ita ut non sufficiant contra easdem fœminas præssumptiones, argumenta, seu conjecturæ, quantumcumque precissæ, claræ, & evidentes sint, prout in Pragmatica ipsa ædita anno 1615. sic statuitur, idque justif-*

justissimè ad dirimendas maximas lites & controversias, sumptusque, & partium molestias incredibiles, quæ asiduè in casibus occurrentibus apparuerunt, ut pote cum tam masculi, quam fœminæ diversas, contrariasque conjecturas, ex ejusdem dispositionis seriè, & verbis deducant, easque diversimodè, & plerumque in contrarium sensum ponderent & maxma inconvenientia, & damna, diversique effectus, & exitus hactenus resultarunt, ut ibidem exprimitur, & utiliter admodum, atque pro Reipublicæ utilitate, & bono communi idde novo introducitur, quo fœminarum successioni magis consulitur, cum in casibus dubijs pro eisdem in proximiori linea, & gradu existentibus omnes adsint, ordinariæque juris regulæ, sicuti ex eodem Ludovico Molina, Mieres, & alijs quam plurimis d. cap. 4. annotavi & scripsi.

§. IV.

QVE EL MARQVES DE TORRES NO TIENE *llamamiento en el Vinculo de la Vnion.*

435. NO es dudable, que para succeder en un Mayorazgo, debe probar el que lo pretende, que està llamado por el Vinculante, que tiene la calidad apetecida por el Fundador, y que ha llegado el caso de su llamamiento, *ex L.* 1. *C. Quor. bonor.* ibi: *Non aliter Possessor constitui posteris, quam si te defuncti filium, & ad hereditatem, vel bonorum possessionem admissum probaberis L. si quis Ita* 21. *ff. de Vulgar.* ibi: *Non videtur in hunc casum substitutus.* D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 5. Casanate *Cons.* 4. *num.* 9. D. Larrea *decis.* 33. *num.* 33. D. Valenzuela *Cons.* 97. *num.* 23.

436. Y en toda la Escritura de la Union no se hallarà que el Conde Don Miguel (*num.* 18.) haga memoria de

Doña Catalina de Vrrea su sobrina (*num.* 28.) ni de sus hijos, ni descendientes, de cuya classe es el Marquès de Torres (*num.* 94.) y assi de la lectura de las Clausulas resulta, que carece de llamamiento; pues siendo hermana de los tres sobrinos, en quienes encabeçò las lineas para constituyr el orden de los llamamientos, no puede presumirse, que este silencio del Testador respecto de su sobrina, y sus descendientes, deba ser mas privilegiado, que la literal expression con que llamò à los que descendieran de sus sobrinos; *quia substitutio prædicta de Marco non loquitur, quia nominatim Annilabi & Giberto facta*, como dixo Carena *resol.* 60. *num.* 1.

437. Y assi no pudo dexar de ser misterioso el silencio del Vinculante respecto de su sobrina, y sus descendientes; pues quien estaba formando lineas en sus tres sobrinos con tan formal, y prolixa explicacion, no es presumible que ignorara el modo de llamar à su sobrina, y à sus descendientes, si su voluntad fuera de admitirlos à la succesion: *Ea enim quæ notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta*, ex *L. Item apud labeonem* §. *hoc adictum ff. de Injurijs*, y por esso dixo Suelves *lib.* 3. *conf.* 5. *num.* 43. *Quod cum ommisserit Testator, scienter ommissum credendum est.*

438. De donde resulta, que la omision de llamar à su sobrina, y sus descendientes no pudo ser inadvertencia del Fundador, sino positiva voluntad de exclusion, pues quien llamò à las hijas no nacidas de sus sobrinos, mejor podia llamar à su sobrina, y à su hijo Don Juan Perez de Almazàn (*num.* 40.) que eran yà nacidos quando se formò el Uinculo de la Union; pues dicha Escritura se otorgò en el año 1545. y Don Juan de Almazàn (*num.* 40.) naciò en el año 1542. como resulta del Memorial ajustado *pag.* 574. cuya existencia no puede presumirse que la ignorara

el

el Vinculante, per tex. *in Leg. Octabij 9. ff. Vnde Cognati,* ibi: *Quia verosimile non videbatur tam conjunctum sanguine defuncti valetudinem ignorasse*; *L. si filium 37. C. de liberal. caus.* ibi: *Quia tam proxima necessitudine conjunctus conditionis ignorantiam simulare non potest.*

439. Y presumiendose predilectos por nacidos, y tratados Doña Catalina (*num.* 28.) y su hijo Don Juan (*num.* 40.) respecto de las hijas de los tres sobrinos, que por no nacidas, no pudieron ser tratadas por el Fundador, ex traditis per Addentes ad D. Molin. *lib. 3. cap. 5. num.* 53. no es facil de creer, que esta omision acordada, y este misterioso silencio gozen privilegios de llamamiento expresso con prelacion absoluta de quien tiene literal llamamiento, *nam quod oculus vidit, nemo fideliter negat*, ut ait Baldus *volum.* 1. *cons.* 388. *num.* 6.

440. Lo qual persuade con evidencia, que Doña Catalina (*num.* 28.) ni su hijo D. Juan (*num.* 40.) no pudieron formar linea succesible para sì, ni à favor de sus descendientes para la succesion de este Mayorazgo, como dixo Torre *p.* 2. *q.* 53. *num.* 16. ibi: *Et ratio est evidens, quia dum Primogenitus, ut vidimus, numquam fuit vocatus, non potest lineam facere, aut gradum.*

441. Que Doña Cathalina (*num.* 28.) como no llamada estubo excluyda, no admite disputa, pues en ningun caso pudo succeder; y que sus hijos, y descendientes lo estèn tambien, lo convencen los Autores; porque la hembra excluyda por ministerio de la Ley, ò por disposicion del Fundador, dexa igualmente inhabiles para succeder à sus descendientes, quando estos no tienen llamamiento en la Escritura por sus propias personas, ex traditis à D. Castillo *lib. 3. cap.* 15. *num.* 62. Sessè *decis.* 254. *n.* 2. *clau. motiv. num.* 50. En nuestro caso, no està llamada Doña Catalina (*num.* 28.) Tampoco lo estàn sus descen-

dien-

dientes: Luego la misma inhabilidad de succeder se debe considerar en estos que en aquella. Y por esso dixo Roxas, que el descendiente del no llamado, ocupa por la representacion un lugar vacio, y destituydo de derecho alguno para succeder, dizelo en *la p.8.cap.5.num.*58.ibi: *Quia pater alterius, quamvis Primogenitus, jus Primogeniturę successibile non habet representabile à filio suo, qui per representationem subintrat locum innanem, vacuum, atque innutilem.*

442. Todo lo comprehendiò el señor Obispo Valenzuela en el *Cons.*113.*num.* 36. donde afirma, que la hija no llamada queda excluyda, y que no llamada la hija, està tambien excluyda la nieta, y aun con superioridad de razõ, por ser de mayor predileccion la hija, que la nieta; Cuya doctrina conviene en todas sus circunstancias con las de nuestro caso; pues viviendo, como vivia, Don Juan Perez de Almazàn (*num.*40.) quando se formò el Uinculo de la Vnion, y no aviendolo llamado el Fundador, quedò excluydo de la succesion, y con superior razon lo quedò tambien su hijo Don Juan (*num.* 51.) y no podrà tener mas derecho que estos el Marquès de Torres (*num.* 94.) como descendiente de una linea excluyda.

443. Dize assi el señor Ualenzuela: *Vlterius, quia in d.prima principali vocatione, dicta Institutrix quambis haberet tres filias legitimas & naturales, nullam ex eis vocavit, sed solum suos tres filios masculos, substituendo eos ad invicem, reciprocè, & per fideicommissum, ut descendentium partes superviventibus accrescerent, & cum hoc fuerit inter plus dilectos, cum noluerit propias filias succedere, minus videtur voluisse vocare Neptes; quia filia exclusa, multo magis exclussa remanet Neptis.*

444. Dos especies de exclusiones se encuentran en las fundaciones de Mayorazgos; una es expressa, y otra taci-

tacita, como advierte Torre *de Maiorat.tom.2.q.39.num.*
18. ibi *Tamen hoc casu, non ex statuto soror excluditur, & frater vocatur, sed in tacita voluntate defuncti, quæ sicut potuit expressè eam excludere, potuit & tacitè*; La expressa necessita de letra, porque supone llamamiento, pues no se puede excluyr lo que no està incluydo, *L.6.ff. ad exhibend.* ibi: *Gemma inclussa auro alieno, vel sigillum Candelabro, vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest.* Como sucede quando el Fundador excluye del Mayorazgo al que cometa algun delicto, ò contravenga à su disposicion, la qual no haze à nuestro assumpto.

445. La tacita es quando el Vinculante omite llamar à alguna persona, que por la cercania del parentesco, pudiera probablemente esperar que la llamara à la succesion, que aunque propiamente no es exclusion por no recaer en persona llamada, pero se dize exclusion por la semejança que tienen entre sì; Pues assi como aquella priva del derecho de succeder radicado en fuerça del llamamiento, esta priva de la possibilidad de tener derecho à la succesion, en fuerça de la tacita exclusion que resulta de la omision de su llamamiento; y por esso el señor Obispo Valenzuela en la doctrina que se ha transcrito, dize al principio: *Nullam ex eis vocavit*, y despues: *Filia exclussa*, infiriendo del defecto de vocacion de la hija, la inevitable consequencia de su exclusion, que es lo que dixo el *tex. in l.1.§.4. de his quæ in testam. delent.* ibi: *Non quasi adempta, sed quasi non data hæreditas videatur.* D. Valenz. *Cons. 63. num.* 51. ibi: *Et vocando aliquos, censetur prohibuisse reliquos.* Torre *p.2.q.8.num.*28.

446. Y no abiendose radicado el derecho à la succession de este Mayorazgo en Doña Catalina (*num.*28.) ni en su hijo Don Juan (*num.*40.) por la tacita exclusion de sus personas, tampoco puede pretender llamamiento alguno

de sus descendientes por proceder de una linea insuccesible, ex D. Molin. *de Primog.lib.2.cap.14. num.* 10. Torre *de Maiorat.p.1.cap.33.num.*129.

447. Siendo cierto, que produce los mismos efectos la tacita exclusion que resulta del defecto del llamamiento, que los que se originan de la literal, y expressa exclusion de los llamados, como lo testifica el señor Molina *en el lib.3.cap.5.num.* 25. donde afirma por una de sus conclusiones, que las hembras no llamadas por el Fundador, se entienden, y reputan excluydas, ibi: *Secunda conclusio sit, quod si Maioratus Institutor, masculos simpliciter & absolutè ad ejusdem succesionem invitaverit, nec de fœmina in aliqua parte meminerit; Ex hac masculorum vocatione, etsi expressè rationem conservandæ agnationis non adjecerit, censeatur voluisse agnationem conservare, atque fœminas propter masculos remotiores excludere. Quod dixit* Joannes *Andreas*, &c. Y en la misma forma lo explican los Addicionadores *d.cap.5.num.*30.ibi: *Prima conclusio est, quando masculus simpliciter vocatur, nulla facta fœminarum mentione, tunc fœmina omni tempore, & in quocumque casu excludi debet, quia inclusio masculorum, est perpetua exclusio feminarum.*

448. Infiriendose de todo lo dicho, que si contendieran la succesion de este Mayorazgo Don Juan Perez de Almazàn (*num.*40.) y Doña Ana Ximenez de Vrrea (*n.*39.) obtendria sin disputa dicha Doña Ana, como hija de Don Miguel (*num.*27.) por estàr llamada con el nombre apelativo de hija suya. Y siendo preciso que el Marquès de Torres ocupe por la representacion el lugar de Don Juan Perez de Almazàn (*num.*40.) Assi como este quedaria excluydo por falta de llamamiento en concurso de Doña Ana (*num.*39.) que estubo llamada con nombre apelativo; del mismo modo deberà excluyr al Marquès de Torres (*n.*94.)

Doña

Doña Antonia Condesa de Peralada (*num.*84.) que ocupa el lugar de Doña Ana(*num.*39.) por ser su descendiente.

449. Esto se confirma con la diferencia de Lineas que advierten los Autores, reduciendolas à dos especies, la una la llaman actual, que es la de los Possehedores, por averse radicado yà en ella la succesion del Mayorazgo; la otra la llaman habitual, que es la de los llamados à la succesion que solo tienen la esperança de succeder, Ita D. Molin. *lib.*3.*cap.*6.*num.*36. D. Larrea *decis.* 51. *num.* 24. alios referens, Rosa *consult.*69.*num.* 9. conviniendo todos, en que debe probar el que ha de succeder en un Mayorazgo, que se halla en la linea actual, ò habitual; El Marquès de Torres (*num.*94.) no se incluye en la linea actual, que es la de Don Miguel(*num.*27.) por no ser descendiente suyo; Ninguno de sus Ascendientes formò linea habitual, por no averlos llamado el Fundador, pues no llamò à su hermano Don Pedro (*num.* 19.) ni à su hija Doña Catalina (*num.*28.) ni à su hijo Don Juan (*num.* 40.) Luego por no hallarse en la linea actual de los Possehedores, ni en la habitual de los llamados, debe ser excluydo de la succesion del Mayorazgo en esta vacante, Optimè D. Larrea *decis.*51.*num.*24. ibi: *Linea igitur in prædictis rationibus exclussa, non poterit ad aliquos ejus lineæ succesio transire, quia succissa vena defficit cursus, & nisi in Capite, id est filio maiori, initium sumat linea, non poterit ulterius procedi. Nam in Primogenito debet considerari lenea actualis, vel habitualis, ut posit procedere Oldradi Consilium, &c.* No començò la linea en Doña Catalina (*num.* 28.) ni en su hijo Don Juan(*num.*40.) y consiguientemente no puede passar la succesion al Marquès de Torres(*num.*94.)

450. Y aunque esto se limita, quando el descendiente del excluydo pretende la succesion por llamamiento propio, como funda D. Don Juan del Castillo *lib.* 5. *cap.*

103.*num*.8. pero en nueſtro caſo no puede el Marquès de Torres (*num*.94.) moſtrar llamamiento de ſu perſona que tenga igual claridad à la excluſion de ſu linea; y aſsi le obſta la regla, por no eſtàr en el caſo de la limitacion.

451. Lo cierto es, que Doña Catalina (*num*. 28.) no eſtà llamada por el Fundador del Mayorazgo, ni lo eſtàn ſus deſcendientes, ni en toda la Eſcritura de Fundacion ſe halla memoria de ſemejante linea; y el pretender lo que el Vinculante no quiſo dàr, el perſuadir que eſtà eſcrito lo que no ſe lee, y que tiene llamamiento el que eſtà excluydo, es pretenſion tan irregular, como deſeſtimada por derecho, ſegun el tex. *in L. illis libertis in fin. ff. de condit. & demonſt.* ibi: *Contra voluntatem defuncti petentes, audire non opportere, L. apud Zelſum §. Præterea ff. de dol. except.* ibi: *Si quidquam ex Teſtamento contra voluntatem petatur, exceptione eum doli mali repeli ſolere.* D. Ualenzuela *Conſ.* 97.*num*.141.

452. Sin que pueda ſer de conſideracion el pretender llamamiento en fuerça de la *Clauſula* 21. de la Eſcritura de Union, como por aquellas palabras: D*e ſuerte, que mientras deſcendientes Varones ſe hallaren de Nos, y de dicho Don Pedro de Vrrea nueſtro hermano legitimos, y de legitimo Matrimonio procreados, ayan de ſucceder en el dicho Mayorazgo*, por hallarſe el Marquès de Torres (*n*.94.) con la calidad de Varon, y deſcendiente de Don Pedro (*num*.19.) hermano del Vinculante; porque inmediatamente explicò el Fundador, lo que dixo, y quiſo dezir en dicha Clauſula, aumentando las palabras: *Por el orden, y de la forma, y manera arriba dicha*; las quales ſon illativas, y declarativas de lo antecedentemẽte diſpueſto ſin capacidad de aumentar nueva diſpoſicion. Suelves *lib. 3. conſ.* 5. *num*. 70. ibi: *Supponitur tertio, verba hæc*, De manera, *quæ reſpondent Latinis*, Ita quod, *eſſe declarativa, & illativa,*

tiva , non autem novæ dispositionis inductiva.

453. Antes bien para mayor expresion, y declaracion de su voluntad concretò su disposicion *à la forma arriba dicha*, palabras que por ser relativas, y restrictivas limitan la comprehension de la Clausula à los descendientes Varones de las lineas que dexaba formadas en sus tres sobrinos tan solamente, que era la forma que avia explicado, y no otra alguna, Suelves *d. Cons. 5. num. 85.* ibi: *Sexto, ex ultimis verbis*, de la misma manera, forma, y modo arriba dicho, *quæ sunt relativa, & repetitiva præcedentis dispositionis cum omnibus suis qualitatibus*, Torre *de Maiorat.tom.1.cap.37.§.18.num.276.*

454. Y asi el sentido natural, gramatical, y juridico de dicha Clausula, es el mismo, que si el Vinculante hubiera dicho: *De suerte, que mi voluntad es, que mientras aya descendientes Varones de mi hermano Don Pedro, por las lineas que dexo formadas en sus tres hijos, ayan de succeder aquellos*; De otro modo se atribuyria un efecto contrario al que le corresponde à dicha Clausula segun la naturaleza de las palabras: *Por el orden, y de la forma, y manera arriba dicha*; Pues el que deben obrar es, declarar la disposicion precedente sin aumentar circunstancia alguna que la diversifique, como dixo Suelves *d. Cons. 5. num.* 73. ibi: *Hæcque declaratio dispositiones præcedentes non immutat, sed declarationis naturam sequitur, quæ nihil de novo inducit, sed jam factum apperit, sicuti qui excutit triticum ab spicis, L. hæredes palam 21. §. si quis post ff. de testam, &c.* Optime Torre *de Maiorat.p.2.q.39. num. 51.* ibi: *Primo, quia dicta verba*, Succedant qui ex forma statuti Genuæ de Succesionibus ab Intestato succedere debent, *sunt demonstrativa, & posita ad ostendendum, quod non essent admitendi venientes ab Intestato de jure communi; Vnde non alterant naturam succesionis à statuto provenien-*

nientem, Altograd. *Consil.* 49. *num.* 18. *tomo* 1.

455. Y en el sentido que se intenta dàr por el Marquès de Torres, no solo passarian à ser dispositivas, sino correctorias de lo que el Fundador avia dispuesto, y contendrian una contradiccion manifiesta; pues en una misma Clausula mandaria, que solo succedieran los que avia llamado, y llamaria à los que avia excluydo; y solo con nombrar à su hermano Don Pedro (*num.* 19.) alteraria el orden, y modo de succeder tan premeditado, y cuydadosamente dispuesto, como lo manifiestà la prolixa contextura de su disposicion, nombrando por sus propios nombres una, y muchas vezes à los que vivian al tiempo que los llamaba à la succesion, y haziendo inutiles tantos llamamientos lineales con una sola colectiva vocacion, contra la razon del *tex. in l. si quando* 35. *in fin. C. de Inoffic. Testam.* ibi: *Neque enim credendum est Romanum Principem qui jura tuetur, hujusmodi verbo totam observationem Testamentorum multis vigilijs excogitatam, atque inventam, velle everti*; Pues con un llamamiento colectivo de los descendientes Varones de su Padre, y los descendientes Varones de su hermano, tenia ordenada toda su disposicion, sino hubiera querido ceñirla el Uinculante à los llamamientos lineales que explicò, atribuyendo à cada uno de ellos el privilegio que le corresponde segun el orden de sus nombramientos.

456. Es decisiva para esta circunstancia la doctrina de Ganaberro *Cons.* 1. *num.* 223. ibi: *Quartum argumentum (& est confirmatio præcedentis argumenti) quia in Claus.* 22. *non potuit intelligi vocata Universa Donatoris Cognatio, quoniam in Claus.* 15.21.28.32.33. *discretivè sunt vocati certi cognati. Immò nec universa cognatio filiorum Annæ, intra eorum lineam, seu Familiam de Carrillo. Siquidem similiter reperiuntur discretivè vocati filij*

filia-

filiarum ejus, in Clauſ.33. *quoniam utraque ex omnibus eſt diſpoſitio particularis, ſuo cuique unico gradui applicata, & quoties diſcretivè diſponitur de pluribus, unum non continetur ſub altero, Baldus &c. Quintum argumentum eſt, & confirmat quartum; Quia adeò verum eſt, eſſe diſpoſitiones particulares illas, quibus vocantur filij quarumlibet filiarum, & non importare vocationem generalem totius cognationis Donatoris, vel totius cognationis cujuſcumque ex contentis in illo primo gradu, ut fatuum videatur contrarium affirmare. Quoad univerſam cognationem Donatoris, patet; Quia fecit Donator ſex vocationes filiorum filiarum* in Clauſ. 15.21.22.28.32.33. *Et quotieſcumque ſub altera illarum eſſet vocata univerſa cognatio Donatoris, cetera eſſent ſuperflua, & impertinentes; quoniam omnes utrobique vocati ſunt de eadem cognatione. Et quinque Clauſulas tanto ſtudio poſitas, non eſt credendum fuiſſe impertinenter ſcriptas, ut argumentabatur Cacheranus, &c. Maximè à prudente Donatore, ex dictis à Simone de Pretis, &c.*

457. Tambien es digna de tenerſe preſente para eſte punto la doctrina de Torre *p.2.q.42.num. 7.* donde hablando de otra Clauſula ſemejante, dize aſsi: *Eo magis quia dicta dictio eſt demoſtrativa perſonæ quæ oculis corporeis, & non per ſubauditum intellectum legitur in antecedenti oratione, Barboſa* dict.87.num.1.*Et habet relationem ad præcedentia cum eiſdem qualitatibus. Fortificatur argumentum; quia Teſtator uſus etiam fuit*, ut ſupra ſubſtituta, *quæ pariter repetit præcedentes ſubſtitutiones, qualitates, & effectus. Ex quibus non videtur dubitandum, quin verbum*, Linea *in caſu preſenti ſit interpretandum reſtrictivè ad perſonas filiorum* Joannis *Mariæ, prout in antecedenti oratione, non verò extenſivè ad omnes deſcendentes*; De la qual reſulta, que por militar la miſma razon en nueſtro

caſo,

caſo, debe entenderſe la palabra *Deſcendientes*, reſtrictivè à los antecedentemente llamados, que eran los que procedieron de Don Lope, y Don Manuel que murieron ſin ſuccesſion, y de Don Miguel (*num.*27.) y no extenſivè con igual comprehenſion de todos los deſcendientes de D. Pedro (*num.* 19.) De otro modo no ſe puede verificar el ſucceder, *por el orden, y manera arriba dicha*, que es lo que quiſo, y explicò el Fundador, pues quien no eſtà llamado, no puede eſtàr comprehendido en el orden de ſucceder; y aſsi para el efecto de ſucceder no ſe puede tener por deſcendiente de Don Pedro el Marquès de Torres, por aver quedado extincta ſu linea en Doña Catalina, reſpecto de los deſcendientes de eſta: *Quia qui primitiva inficit, derivata vituperat, ex L.fin. C.de Nat.liber.*como prueba D.Caſtillo *lib.*5.*controv.cap.*103.*num.*14.ibi: *Quecumque ergo in propoſito expendi poſſunt, & ſolent fundamenta contra legitimè natos, ab illegitimis tamen procedentes, in idem tendunt, in quod fundamenta ipſa contra maſculos ex fœminis, ſcilicèt, eos ſuccedere non poſſe tanquam natos ex infecta radice, & patre non nato ex legitimo Matrimonio, & excluſſa una perſona, vel ſuccedere prohivita, cenſeri omnes ab eo deſcendentes excluſſos, vel prohibitos ſuccedere, & filios non debere eſſe melioris conditionis, quam eorum parentes; Et non poſſe quem admiti ad ſuccedendum, niſi precedens gradus ſit ſucceſſibilis, & deſtructo ordine, deſtrui ordinabile; & medium impertinens impedire tranſitum ad extrema; Et principium atque originem vitioſam in deſcendentibus deribari; & in effectu non poſſe plus juris eſſe in cauſato, quam in influenti potentia cauſæ;* y deſpues de larga comprobacion concluye diziendo: *Et ſucceſio non ſit per ſaltum, & ideo non poteſt quis admiti ad ſuccedendum, niſi precedens gradus ſit ſucceſſibilis, & medium impertinens impedire tranſitum ad extrema, & niſi*

in

in capite principium sumat linea, non poterit ulterius produci, Baldus, &c. Et succissa vena dessicit cursus, & rupto medio, non fit ascensus ad extrema, & succedere aliquo prohibito, vel à succesione exclusso, ejus etiam descendentes remanent exclusi.

458. Es cierto, que con letra clara explicò el Vinculante, que los descendientes de Don Pedro (*num.* 19.) avian de succeder, *por el orden, forma, y manera arriba dicha*; No estaba dicho arriba que succediessen los descendientes de Doña Catalina (*num.* 28.) Luego no dize, que succedan los descendientes de Don Pedro (*num.* 19.) por medio de Doña Catalina (*num.* 28.) porque ni quiere en esta Clausula lo que no avia dicho, ni dize en ella lo que antecedentemente no avia explicado.

459. Por lo qual se convence, que lo que dixo el Fundador fue, que mientras hubiera descendientes Varones de Don Pedro (*num.* 19.) como lo fuessen por medio de Don Lope, Don Manuel, y Don Miguel (*num.* 27.) succediessen, *por el orden, forma, y manera arriba dicha*; pues solo quiso resumir en esta Clausula los llamamientos lineales q̃ avia hecho en sus tres sobrinos, sin aumentar vocaciones, ni variar en cosa alguna, lo que tenia dicho, y ordenado.

460. Y assi lo persuade el mismo Fundador, que es el mejor interprete de sus palabras, ex Casanate *Cons.* 33. *num.* 32. Carena *resolut.* 67. *num.* 14. & 15. pues aviendo usado de estas mismas palabras en las *Clausulas* 1. 2. *y.* 6. no se hallarà en alguna de ellas capacidad para esforçar llamamiento alguno à favor de los descendientes Varones de los q̃ antecedentemẽte no estaban llamados; sirviendo de Epilogo, y Resumen de lo que en cada una de dichas Clausulas dexaba dispuesto; Por cuyo motivo no se debe, ni puede invertir la comprehension de dichas palabras en la

 Clau-

Clausula 21. sino que se han de entender del modo que el Fundador las concibiò en las Clausulas anteriores.

461. A esto se aumenta, que en todas las Clausulas del Uinculo de la Union, para passar de una substitucion à otra, se valiò el Fundador en el principio de todas las Clausulas de las palabras: *Y en caso, y en defecto*, y no otras algunas, formando Clausula distinta para cada una de las Substituciones; y assi no es presumible que solo para los descendientes de Doña Catalina (*num.* 28.) mudara todo el orden, y estilo que avia observado el Vinculante en la fundacion de este Mayorazgo, no aviendo razon que persuada tan estraña variedad, *ad tex in l.17.ff.de Minor.*ibi: *Hæc idcircò tam variè, quia appellatio quidem iniquitatis sententiæ querellam, in integrum vero restitutio erroris proprij veniæ petitionem, vel Adversarij circumventionis allegationem continet.*

462. La misma *Clausula* 21. es el tex. mas puntual para convencer la exclusion de los descendientes de Doña Catalina (*num.*28.) pues aviendo concluydo todos llamamientos en la *Clausula* 20. bolviendo à nombrar à sus tres sobrinos Don Lope, Don Manuel, y Don Miguel, dize en la *Clausula* 21. *Y en caso que descendientes Varones de los dichos nuestros sobrinos faltassen en qualquier manera, y en qualquier tiempo, de suerte que no sobreviviesse Varon descendiente de ellos, &c. queremos, ordenamos, y mandamos, aya de pervenir, y pervenga en aquel, ò aquellos, y de la forma, y manera, y con los Vinculos, y condiciones que por Nos en nuestro ultimo Testamento, Codicilo, y ultima voluntad, ò otra qualquiere, ò entre vivos en qualquier ordinacion, y disposicion que por Nos serà hecha, ò se hiziere, serà dispuesto, y ordenado.* Y despues quando passa à declarar los bienes sugetos al Mayorazgo, las calidades, y gravamenes de los Succesores, infiere las palabras: *De suer-*

te que mientras deſcendientes Varones ſe hallaren de Nos, &c. de que ſe vale el Marquès de Torres(*num.* 94.) Veaſe, ſi pudo ſer de la intencion del Vinculante ſubſtituyr à los que nombraria en el Teſtamento en falta de los deſcendientes Varones de ſus tres ſobrinos, y deſpues de eſta Subſtitucion llamar à los deſcendientes de Doña Catalina (*num.* 28.) con prelacion à los antecedentemente llamados, y ſubſtituydos, no aviendo nombrado en la Eſcritura de la Union, ni en el Teſtamento à dicha Doña Catalina (*n.* 28.) ni à ſus deſcendientes como nombrò los de ſu hermana Doña Catalina (*num.* 21.) por lo que dixo en caſo ſemejante Suelves *lib.* 3. *conſ.* 5. *num.* 85. *in fin*: *Inquo non ſunt expendendæ Doctorum doctrinæ ſed legenda ſubſtitutionum contextura, & ratio naturalis, & bonus diſcurſus atendendus.*

463. Sin apartar la viſta de las Clauſulas, ſe ofrece un reparo, que al parecer no admite ſatisfaccion, y conſiſte en la inveroſimilitud que reſulta de preſumir llamada la linea de Doña Catalina (*num.* 28.) en el Uinculo de la Vnion, no aviendo llamado el Fundador à ſu hermana Doña Catalina (*num.* 21.) y que abiendo llamado à la linea de eſta en el Teſtamento fueſſe de mejor condicion ſu ſobrina, cuya linea no llamò el Vinculante, ni en el Teſtamento, ni en el Vinculo de la Vnion.

464. Vltimamente la *Clauſula* 21. và regida del verbo, *ſe hallaren*, con las palabras: *Por el orden, y en la forma, y manera arriba dicha*, incluyendo los deſcendientes Varones del Vinculante, y los deſcendientes Uarones de ſu hermano; No comprehende, ni puede comprehender dicha Clauſula mas deſcendientes del Uinculante, que los que dexava llamados: Luego tampoco comprehende, ni puede comprehender mas deſcendientes Varones de D. Pedro, que los q̃ antecedentemente avia llamado: De otro

mo-

modo se seguiria, que para los descendientes del Fundador avia orden, y forma de succeder, y que no le avia para los descendientes de Don Pedro; pues respecto de los de Doña Catalina no avia *orden, y ni forma dicha*, como explica el mismo Vinculante, y solamente la avia para los descendientes de los tres hijos de dicho Don Pedro. Para lo qual es doctrina pũtual la de Ganaberro *Consil.* 1.*n.* 1.*& seqq.* ibi: *Deficiente descendentia masculina, transivit ad fœmeninam, quam non vocavit simpliciter & absolutè, sed gradatim, & primo loco vocavit filios masculos descendentes in infinitum, non ex omnibus descendentibus masculis, sed solum ex filiabus fœminis D.D. Joannis Michaelis, & Andreæ; Et ista substitutio non sufragatur Domino adverssario, cum non descendat ab istis.*

465. Y aun en caso que el Marquès de Torres (*n.* 94) pudiera entenderse comprehendido en la *Clausula* 21. en las palabras: *De suerte que mientras aya Varones, &c.* le restaba que vencer dos dificultades; la una consiste en averiguar, si el excluydo en los llamamientos particulares anteriores puede succeder en el Mayorazgo en fuerça del llamamiento generico, y colectivo posteriormente dispuesto; y aunque muchos defienden la afirmativa, todos convienen, en que solo podrà pedir la succesion contra los posteriormente substituydos à la Uocacion colectiva; pero no contra los comprehendidos en los antecedentes llamamientos, ut videre licet apud Lucam *de fideicom. discurs.* 46.*num.* 9.*discurs.* 48.*num.* 5. *& in summa sive compend. fideicom. num.* 252. Y asi aun en caso de poderse entender comprehendido el Marquès de Torres (*num.* 94.) en la Uocacion colectiva de la *Clausula.* 21. la podrà aprovechar contra los llamados en ultimo lugar, que son los que se incluyen en el Testamento del Conde Don Miguel (*num.* 18.) pero no en perjuyzio de la Condesa de Peraladà

(*num.*

(*num.*84.) que muestra llamamiento anterior à dicha Clausula en la Escritura de la Union.

466. La otra consiste, en que los tres sobrinos de D. Miguel (*num.*18.) y sus hijos, y descendientes se incluyen por llamamientos particulares, con formacion de lineas, y substituciones expecificas de unas à otras; El Marquès de Torres (*num.* 94.) se incluye con una Vocacion generica, y posterior à los llamamientos anteriores: Luego aun supuesta su comprehension en la *Clausula* 21. no podrà tener lugar su llamamiento mientras aya descendientes de los tres sobrinos del Fundador; Asi arguye à otra Doña Catalina D. Don Joannes del Castillo *Controv. lib.* 3. *cap.* 15.*num.*36.ibi: *Prius fuerunt ad successionem vocati specificè quatuor fratres, ac uniuscuiusque eorum filij, & descendentes; Postmodum autem facta est Substitutio generalis, qua D. Domna Catharina litigans comprehenditur, & in in hunc modum scribitur*, y de esta manera baya: *Si ergo hac forma ire debet maioratus scilicèt, ante a expressa in vocationibus dictorum filiorum ad quos refertur verbum illud:* Y de esta manera, *scilicèt ut unus veniat post alium, & post omnes filios & descendentes, sivè in defectum filiorum, & descendentium uniuscujusque, alius veniat; quonam pacto Domna Catharina, quæ est filia Domnæ Mariæ, & vocatur post omnes suos fratres, & filios, atque descendentes eorum pretendere potest successionem, quousque omnes deficiant, si hac forma vocata est, & hac forma venire non potest.* Y lo mismo prueban los Addicionadores al señor Molina *lib.*1.*cap.*4.*num.*33. ibi: *Quia ex expecifica nominatione colligitur maior affectio.* D. Larrea *decis.* 33. *num.* 42. *& seq.*

467. Infiriendose de todo lo dicho, que adminus no puede dexar de considerarse dudoso el llamamiento del Marquès de Torres (*num.*94.) por contener las dudas, que

ſe han ponderado, la Clauſula de donde ſe infiere, y aſsi debe interpretarſe mutuando ſu inteligencia de las Clauſulas antecedentes claras, è indubitadas, ex D. Valenz. *Conſ.* 106.*num.* 17. ibi: *Quia licet daremus prædicta verba aliquam obſcuritatem habere, debent per præcedentia clara declarari*; debiendo modificarſe la Clauſula dudoſa, por general que ſea, à proporcion de las Clauſulas particulares, y expecificas, como en materias de Mayorazgos lo advierte Mieres *de Maiorat.p.*2.*q.*12.*num.* 1.ibi: *Præterea in iſta materia ſucceſsionum maioratus, notandum eſt, quod Clauſulæ ſpetiales, ſivè præcedant, ſivè ſequantur, præferuntur generalibus; quia generi per ſpetiem derogatur, ſivè ſpeties præcedat, ſivè ſubſequatur; Et Clauſulæ generales ſecundum ſpetiales debent intelligi, modificari, limitari, & moderari.*

468. Demàs, que ſolo el incluyrſe con una Clauſula dudoſa, es bãſtante para repeler la pretenſion del Marquès de Torres (*num.* 94.) por deberſe ſeguir la interpretacion excluſiva del que ſe vale de ella, *nam dubia ſubſtitutio interpretatur contra eum qui nititur in ea*, ut ait D. Valenz. *Conſ.* 97.*num.* 164. ſingularmente à viſta de las prelaciones que reſultan de la Eſcritura de Fundacion à favor de los deſcendientes de Don Miguel (*num.* 27.) y contra quien ſe incluye con la *Clauſula* 21. Pues le aſiſte el hallarſe en una linea expecificamente llamada, por lo que deben ſer preferidos à los que ſe valen de una Vocacion colectiva, ex D. Valenzuela *Conſ.*63.*num.* 108.ibi: *Qui cum habeat vocationem ſpetialem debet præferri quocumque gradu exiſtat, alijs excluſis, quia affectio maior habetur ad nominatos in ſpetie, quam in genere. Ceballos, &c. dicens, quod nominatio ſpetialis opperatur, quod ita nominatus præferatur alijs etiam nominatis nomine collectivo.* Addentes ad D.Molin.*lib.* 1.*cap.* 4.*num.* 33.D.Larrea *deciſ.* 33.*n.* 42.

469 Y asimismo les asiste el orden de la letra, por estàr primeramente llamados los descendientes de Don Miguel (*num.* 27.) que los descendientes de Don Pedro (*num.* 19.) (aun supuesto à su favor literal llamamiento en la *Clausula* 21.) D. Valenz. *Cons.* 63. *num.* 113. ibi: *Regulariter ordo literæ inducit prærogativam prælationis.* Torre *de Maiorat. p.* 2. *q.* 17. *num.* 41. & *q.* 54. *num.* 30.

470. Y quando por aver apetecido la perpetuidad el Fundador del Mayorazgo, debieran tener extension sus llamamientos à toda la Familia, y por este motivo se pudieran considerar llamados los descendientes de Doña Catalina (*num.* 28.) tampoco podria el Marquès de Torres (*num.* 94.) excluyr de la succesion de estos bienes à la Condesa de Peralada (*num.* 84.) Porque no aviendo en la linea de Doña Catalina (*num.* 28.) Vocacion expressa de Varones, no se debe extender à su linea la calidad de Uarones que se halla explicada en otras; Por ser cierto, que assi la agnacion, como la masculinidad apetecida en unas lineas, como irregular, y odiosa, no se debe, ni puede extender à aquellas en las quales omitiò el Vinculante dicha qualidad. D. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 37. Casanate *Cons.* 4. *à num.* 217. & *Cons.* 38. *à num.* 82. Leon *decis.* 93. *num.* 26. D. Larrea *decis.* 53. *num.* 26. Vela *disert.* 49 *num.* 69. Roxas *de Incompat. p.* 1. *cap.* 6. *num.* 307. ubi cum alijs Aquila.

471. De lo contrario se seguiria el calificar una tacita prelacion, en fuerça de un tacito llamamiento; pues incluyendose el Marquès de Torres por la pressuncion de la perpetuidad, necessita de inducir la prelacion de la masculinidad en su linea, por averla apetecido el Fundador en otras, no aviendola explicado en la suya, lo qual repugna à las reglas de Mayorazgo; assi por reducirse el Mayorazgo à la naturaleza de regular fenecidas las lineas, y per-

personas en las quales el Vinculante apeteciò, explicò, y concretò la qualidad irregular, como uniformemente lo testifican los Autores citados en el num. antecedente; como por la maxima cierta de no poderse inferir una tacita prelacion de un congeturado llamamiento, como dixo Torre *decis.* 18.*num.*42.ibi: *Ex ea clarissima ratione, quia ex tacito, aliud tacitum elici non potest*, & *tom.*1. *cap.* 38. *num.*373. ibi: *Cum similis conjectura, alterius conjecturæ à jure improbetur*, Thesaur. *decis.* 96. *num.* 21. *in fin.* ibi: *Quia nimis duplici taciturnitate concederetur, & daretur conjectura, ex alia conjectura, quod non procedit.*

472. Y quando por todo lo dicho, no se manifestara la notoria exclusion del Marquès de Torres (*num.*94.) seria bastante el que quedara en terminos de dudosa, para que en concurso de la Condesa de Peralada (como descendiente de mejor linea, y constituyda en la de actual possession) quede repelida su pretension, ex traditis à D. Molin. *lib.*3. *cap.*4.*num.*33. 38. & 41. Roxas *de Incompat. p.* 1. *cap.* 6. *num.*150. & *p.*3. *cap.* 4. *num.* 13. pues como dixo el señor Molina *en el lib.*3.*cap.*5.*n.* 71. se debe contener la exclusion de las hembras dentro de una misma linea, y grado, quando no aumenta el Fundador, que su voluntad es excluyrlas por los masculos mas remotos.

473. Y en nuestro caso, no explicò el Fundador semejante voluntad, antes bien llamò à las hembras, unas vezes expecificamente con sus nombres propios, como resulta de las Clausulas 7. 8. 9. y 11. y otras vezes con el nombre apelativo de hijas, segun se lee en las Clausulas 10.11.12.13.14.15.16.17. y en todas ellas tienen prelacion con letra clara las hembras llamadas respecto de los Varones substituydos; y si hubiera querido preferir el Vinculante à los Varones descendientes de linea mas remota respecto de las hembras de mejor linea, debia aver excluydo

do à tantas hembras como llamò por qualquier Varon descendiente de sus tres sobrinos; y estubo tan lexos de executarlo, que dispuso con letra clara lo contrario, como resulta de la lectura de las Clausulas, donde antepuso las hembras à los Uarones descendientes de inferior linea.

474. Pues si en concurso de Uarones literalmente llamados, quiso, y explicò el Fundador que succedieran las hembras de mejor linea, no parece que podrà pretender prelacion absoluta el Marquès de Torres (*num.* 94.) no teniendo literal llamamiento, quando aun en caso de tenerlo, no podia pretender mayor prelacion, que la atribuyda por el Vinculante à los Varones de lineas predilectas, los quales no podian competir la succesion con las hembras de mejor linea, con cuya calidad se halla la Condesa de Peralada (*num.* 84.) con las prerogativas de averse radicado la succesion en ella, y ser hija del ultimo Possehedor, con las quales no pueden competir las pressunciones por ser precisas las evidencias. Vela *disert.* 49. *num.* 51. ibi: *Quia cum fœminæ ex ipsa maioratus natura, ad eum admitantur saltim post masculos ejusdem lineæ & gradus, huic naturæ in dubio semper est inhærendum, cum accidentia non præsumantur, nec proinde excluſſæ censentur per masculos ulterioris gradus etiam verè agnatos, sivè masculos ex masculis, multoque minus per agnatos fictos, sivè masculos ex fœminis, nisi unum vel alterùm ab Institutore expressum fuerit, vel id per tam evidentes & manifestas conjecturas colligatur, ut salva & illessa illius mente, ab eis recedi nequeat.*

475. Y esto mismo mandò q̃ se observara el señor Rey Phelipe III. año 1615. como refiere D. Castillo *lib.* 4. *controv. cap.* 56. *num.* 100. Vers. *Erit igitur*, ibi: *Por lo qual mandamos, que las hembras de mejor linea, y grado, no se entiendan estas excluſſas de la succesion de los Mayorazgos,*

Vin-

Vinculos, Patronatos, y Aniversarios que de aqui adelante se fundaren.

476. Y si esto procede respecto de los Varones que tienen claro, literal, è indubitado llamamiento, què serà respecto del Marquès de Torres (*num.* 94.) que para fundar su inclusion, se vale de una Clausula tan persuasiva de su exclusion, que necessita de mucho estudio para ponerla en terminos de dudosa?

477. Valese tambien el Marquès de Torres (*núm.* 94.) del Testamento del Conde Don Miguel (*num.* 18.) Pero siendo comunes las excepciones que se oponen contra esta Escritura à todos los que se valen de ella; servirà para el Marquès lo que se dirà en la Parte siguiente respecto de los que se incluyen con dicho titulo.



PARTE QUINTA.

QUE LOS QUE PRETENDEN LA SUCCESION de este Mayorazgo por el Testamento del Conde Don Miguel (num. 18.) deben ser repelidos en esta Vacante.

478. LOs llamamientos de esta Escritura tienen origen de la Carta Dotàl de Don Hernando Ximenez de Urrea (*num.* 26.) con Doña Juana de Toledo, otorgada en 24. de Febrero de 1529. en la qual su Padre el Conde Don Miguel (*num.* 18.) le mandò los bienes sequestrados en este Pleyto, mediante la reserva de la Clausula siguiente: *En los dichos casos, y cada uno de ellos, el dicho Estado, Señorio, y Casa pervenga en aquel, ò aquellos, y de la forma, y manera, y con los Vinculos, cargas, y condi-*

condiciones, que por el dicho Señor Conde en su ultimo Testamento, Codicilo, ò ultima voluntad, ò qualquier ordinacion, ò disposicion que por èl fuere hecha, serà dispuesto, y ordenado, lo qual quieren las dichas Partes sea habido, como si aqui fuesse inserto, è continuado.

479. En el prolixo, y dilatado Pleyto del Conde Don Pedro Pablo (*num. 62.*) se disputò con sumo teson, si el Conde Don Miguel avia consumido dicha facultad reservada, por lo dispuesto en la Capitulacion Matrimonial que otorgò en 12. de Noviembre de 1538. para el Matrimonio que contraxo con Doña Barbara de Monsalbe, pues en caso de aver consumido dicha reserva, quedava sin efecto todo lo posteriormente dispuesto en la Escritura de Vnion. Y la Real Audiencia declarò, que eran dos los casos comprehendidos en la reserva; El uno, el de la muerte de Don Hernando sin hijos, ni descendientes Varones por recta linea masculina; y el otro, el de faltar la descendencia masculina de los hijos de Don Hernando: Que respecto del primero, avia consumido la facultad reservada el Conde Don Miguel por lo dispuesto en la Capitulacion de Doña Barbara de Monsalve; Pero en quanto al segundo, que le avia quedado libre, y expedita la facultad de hazer, y disponer los llamamientos que ordenò en la Escritura de Vnion.

480. De lo qual resulta por inevitable consequencia, que assi como el Conde Don Miguel respecto del primer caso consumiò la facultad reservada, con la Carta Matrimonial de Doña Barbara de Monsalve; Tambien en quanto al segundo caso, quedò consumida, y extincta dicha reserva con lo dispuesto en la Escritura de Vnion; y fue nulo, y de ningun efecto todo lo ordenado en el Testamento.

481. Demàs, que el Conde Don Miguel para hazer

dicho

dicho Testamento se vale de la facultad reservada en la Escritura de Union; En dicha Escritura consumiò la facultad reservada en la Carta Dotàl de su hijo Don Hernando: Luego no pudo otorgar la disposicion Testamentaria por defecto de Potestad.

482. No es dudable, que las palabras reservativas no dàn, ni aumentan derecho, ni facultad alguna al Reservante, sino que solamente sirven para presservar el derecho que se tiene, como dixo Menochio *Cons.2.num.56.* ibi: *Nam notum est ita omnibus, ut nec id ignorent vix juris initiati, reservationem illius esse naturæ, ut jus quod est conservet, non novum afferat.*

483. Tambien es cierto, que el Conde Don Miguel en Carta Dotàl de su hijo Don Hernando se reservò facultad de disponer en Escritura entre vivos, ò en ultima volũtad; Y en fuerça de esta alternativa eleccion, con el exercicio de el un extremo, cessa la facultad de usar del otro, Menoch. *Cons.348.num.4.* ibi: *Quæ sanè alternativa sui natura admitit implementum ex una parte tantum, & disjungit, & separat tam sensum, quam verba.* Cenedo *post qq. Canonic. singul.6.num.2.& 3.* ibi: *Secundò ista dictio,* Aut, *est disjunctiva, seu alternativa, & disjungit verbum, atque effectum, & ad verificationem sufficit alteram partem esse veram.* Rosa *Consult. 42.num.10.*

484. Y asi con la eleccion de lo dispuesto en la Escritura de Vnion, se extinguiò la facultad reservada por el Conde Don Miguel, y quedò irrevocable, è invariable la disposicion del Vinculo de la Union, Optimè Salgado *de Retent. Bullar. p.2. cap.12. §. unic. num.23.* ibi: *Sicuti quando alicui competit, vel data fuit facultas declarandi, vel interpretandi, semel à se facta declaratione vel interpretatione, expiravit potestas iterum declarandi aut interpretandi, cum prima perpetuam consecuta fuerit firmitatem irre-*

voca-

vocabilem, y cita gran copia de Autores; Es puntual la disceptacion 539. *num.* 6. de Graciano, y Thesauro *decis.* 209. *num.* 2.

485. Pues para lo contrario era preciso, que se hubiera hecho la reserva con palabras demonstrativas, que hizieran reiterable la disposicion, como son, *en una, en dos, ò mas vezes, y tantas quantas bien visto me fuere*; De otro modo, no es questionable, que con la primera disposicion se consume la facultad reservada, ò bien estè concebida simpliciter, ora se halle explicada alternativè, ad tradita per Carlebal *de Judic. tit.* 3. *disp.* 14. *num.* 4. Salgado *in Labyrinth. p.* 1. *cap.* 17. *num.* 6. 7. & 8.

486. Y aun en caso, que se pudiera dàr otra inteligencia à dicha reserva, tampoco usò bien de ella el Conde Don Miguel (*num.* 18.) Porque no pudo hazer valida la disposicion de dichos llamamientos en el Testamento en fuerça de la facultad reservada en la Escritura de Union; pues debia averse valido de la reserva de la Capitulacion Matrimonial de su hijo D. Hernando con relacion expressa à dicha facultad, por ser el origen de donde dimanaba el derecho de que queria usar, pues sin esse principio era nulo todo lo posteriormente dispuesto, y ordenado, como sucede en el Mayorazgo fundado en fuerça de facultad Real, que si fuesse nula, lo serà tambien la fundacion del Mayorazgo, Aquila ad Roxas *p.* 2. *cap.* 2. *num.* 71.

487. Sin que obste el dezir, que los Actos se presumen hechos, y otorgados del modo mas util, y de mayor firmeza, ex D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 2. *num.* 15. Porque esto se entiende quando el Acto depende de la libre voluntad del que dispone; pero no quando tiene ceñido el poder à causa cierta, y determinada, como en nuestro caso lo era la Capitulacion de D. Hernando, D. Larrea *decis.* 57. *num.* 4. ibi: *Idque maximè procedit quando, ut in presenti, Actus*

pen-

pendet ex voluntate disponentis , Mieres , &c.

488. Pero aun en caso que dicho Testamento se repute por valido, y subsistente, no por esso podràn excluyr de la succesion à la Condesa de Peralada los que se incluyen con los llamamientos que en èl dexò ordenados el Conde Don Miguel (*num.*18.) Porque como resulta de la lectura, se hallan puestas en condicion todas las personas nombradas, y llamadas en la Escritura de Union, alli: *En caso que sucediere, lo que Dios no quiera, ni mande, que todas las personas por Nos en la prekalendada ordinacion, y disposicion llamadas, y nombradas para la succesion de la dicha nuestra Casa, y Mayorazgo faltassen en qualquier manera, y en qualquiera tiempo; de suerte que ninguno de ellos quedasse habil, capaz, y suficiente para la dicha succesion, &c.*

489. Y assi habiendo hecho las vocaciones del Testamento para el caso de faltar las personas nombradas, y llamadas en el Vinculo de la Union, fue condicional la disposicion Testamentaria *L.quibus diebus §.Thermus minor. ff.de condit.& demonstrat.l.*43.*l.*72.& 112.*ff.eodem,* Surdo *Cons.*268.*num.*8.cum aliijs adductis à Barbosa *Claus.*15.

490. Y mientras no se verifique el adimplemento de la condicion con la deficiencia de todas las personas comprehendidas en los llamamientos lineales que formò el Vinculante en la Escritura de Vnion; no pueden pretender la succesion de este Mayorazgo los que se incluyen con dicho Testamento, D.Molin.*lib.*1.*cap.*4.*n.*5.D.Larrea *decis.*33.*num.*33. D.Castillo *lib.*6.*cap.*136.*num.*68.

491. Con que existiendo la Condesa de Peralada, que como descendiente de Don Miguel (*num.*27.) es habil, y capaz para succeder en este Mayorazgo, segun tenemos fundado, no se ha podido verificar, ni cumplir la referida condicion con que estàn substituydos los que se valen del

Testa-

Teſtamento, ex Fuſſar. *de Subſtit.q.*470.Aquila ad Roxas *p.*5.*cap.*4.*num.*27.*cum ſeqq.*

492. Para mayor confirmacion de eſto miſmo, ſe debe reparar, en que eſte Mayorazgo es lineal, y el Vinculante, ſegun el orden de ſu afeccion, fue anteponiendo, y poſponiendo à todas las perſonas que fueſſen cabeças de las lineas para el modo de ſucceder que previno en el Vinculo de la Union, obſervando la miſma forma en el Teſtamento: De lo qual reſulta, que mientras aya perſona capaz de ſucceder en alguna de las lineas anteriores, no pueden pretender la ſucceſion los que ſe hallaren deſcendientes de las poſteriores, Roxas *de Incompat. p.* 5. *cap.* 1. *num.* 19. ibi: *Hinc eſt etiam quod in Maioratuum ſucceſionibus in quibus ſucceditur de linea in lineam, non compatitur concurſus duarum, pluriumve linearum; regulare enim eſt, quod incluſio unius lineæ, ſit excluſio aliarum linearum, ita probat Giurb. &c.* Torre *de Maiorat.tom.* 1.*cap.* 39. §. 11.*num.* 4.& *deciſ.*2.*num.*34. Y la razon es, porque ſiendo mayor la voluntad del Fundador en beneficio de la linea anterior, es inſeparable la mayor afeccion reſpecto de los que ſe hallan en ella, ex Peregrin. *de fideicom.art.* 17.*num.* 15. ibi: *Tertio facit, quia in ea parte, in qua Teſtator prædilexit unum, videtur quoque prædilexiſſe omnem illius poſteritatem.*

493. Sin que ſe oponga à eſta conſideracion el hallarſe Varones los que ſe incluyen con el Teſtamento, y eſtàr tambien llamados los Varones de las lineas anteriores, los quales fenecieron en el Conde Don Dionyſio (*num.*73.) porque las hembras de las lineas anteriores, no fueron excluydas de la ſucceſion, antes bien fueron llamadas con prelacion à muchiſsimos Varones; lo qual es incompatible con la calidad irregular, la qual neceſsita de que el Fundador la explique por via de regla, ò que reſulte

te con evidencia, que apeteciò la irregularidad, ò que no se hallen llamadas las hembras, ò que tengan llamamiento discretivo, y ninguna de estas circunstancias se encuentra en toda la Escritura de la Union.

494. Pues aunque à los llamamientos de las hembras, se subsigue la vocacion de los Uarones descendientes de ellas, no sirve essa circunstancia para que los Uarones de lineas mas remotas excluyan à las hembras de mejor linea; sino para explicar la prelacion intra eandem lineam & gradum, es terminante para nuestro caso Casanate *Cons.38.num.90.* ibi: *Secundo respondeo, masculinitatis qualitatem ad inducendam agnationis rationem, solum esse considerabilem, ubi masculi ex masculis simpliciter, & absolute vocantur, & fœminæ precissè & omni casu excluduntur. Secus autem ubi in aliquibus casibus masculi tantum vocantur, in aliquibus autem fœminæ, vel descendentes ex fœminis, vel cognati admituntur. Tunc enim ratio prædilectionis, ac prælationis masculorum (ob solam qualitatem masculinitatis) potius considerari potest*, y concluye refiriendose à la doctrina del señor Molina que llebamos citada en *el lib.3.cap.5.num.* 50. à quien han seguido uniformes assi los Españoles, como los Estrangeros, ut videre licet apud D.Castilio *lib. 3. cap.* 4. *num.* 178. Camarata *Respons.49.art.4. num.* 26. Peregrin. *de fideicom. art.* 17. *num.* 14. Salazar *de Vsu & consuet.cap.*12.*num.*68. Marinis *tom.2.resol.cap.*126.*num.*36. Vela *disert.*49. *num.* 75. Torre *p.*1.*cap.*25.*num.*90.*& p.*2.*q.*2.*num.*10. Gama, Cabedo, Roxas, y los demàs que tenemos citados en la *Parte* 3. §. 2.*num.*280.*&* 296. y en esta *Parte* 4.§.1. *à num.* 336. *&* §.2.*à num.*367.

495. Y por este motivo necessitan los Varones para preferir à la Condesa de Peralada de expressa voluntad del Fundador que declare la succesion à favor del Masculo de infe-

inferior linea en concurso de hembra de mejor linea, Salazar *d.num.68.* ibi: *Ergo ut fœmina sit excludenda à successione, quæ sit in gradu anteriori, opus est quod ultra vocationem masculinitatis exprimatur, quod succedat masculus etiam in gradu inferiori, & fœminæ præferatur.* Marinis *tom.2.resol.cap.126.num.36.*ibi: *Ad hoc ut masculus remotior fœminam proximiorem à maioratus successione excludere posset, opus esset ut ultra vocationem masculinitatis, exprimatur quod succedat masculus etiam in gradu remotior, & fœminæ præferatur.* Roxas *de Incompat.p.1.cap.6. à num. 306.* Luego no aviendo excluydo las hembras nuestro Vinculante, ni dispuesto que los Varones remotos excluyeran à las hembras de mejor linea, nò se puede considerar fundamento probable, para que los pretendientes en fuerça del Testamento, hallandose en lineas tan remotas, intenten excluyr à la Condesa de Peralada, haziendo translinear el Mayorazgo de la linea del ultimo Possehedor à las lineas inferiores, sin voluntad expressa, ni pressumpta del Fundador.

496. Debe tambien tenerse presente, que en las vocaciones del Testamento, no estàn comprehendidas Doña Catalina (*num.21.*) y Doña Beatriz (*num. 22.*) hermanas del Vinculante, sino solamente sus hijos, y descendientes Varones por recta linea masculina; y ninguno de los que fundan su inclusion en el Testamento se pueden entender comprehendidos en dichas vocaciones, por nò ser descendientes por linea masculina de los hijos de las hermanas del Vinculante, descendiendo, como descienden, con interposicion de hembras, Menoch. *Cons. 585. num. 19.*Peregrin.*de fideicom.art.25.num.29.& 30.*Paschal. *de Virib.patr.potest.p.4.cap.9.num.49.& 63.*D.Castillo *lib. 6.cap.138.num.18.& lib.5.cap.91.num. 80.* Molin. *de Rit. Nuptiar. lib.3.q.24.num. 198.* Pegas *de Maiorat. tom. 2. cap.*

cap.9.num.249.& *cap.13.num.* 8. Porque la hembra que ſe interpone haze que la linea dexe de ſer maſculina, Noguerol *Allegat* 23.*num.*155. ibi: *In ſubſtitutione maſculorum per lineam maſculinam, excludit non ſolum maſculos ex fœminis, nam in eis fuit interrupta linea maſculina Avorum ſed etiã ipſam fœminã, quaquidẽ eſt interruptionis cauſa*; y en la miſma forma lo explican otros valiendoſe del exemplo de la linea blanca en que media negro; y del ſimil de la linea de Margaritas en que ſe interpone piedra de otra eſpecie, Roxas *p.1.cap.6.num.*304. Torre *tom.2.q.*5.*num.*14.

497. En viſta de eſtas doctrinas, y las que tenemos citadas en la *Part.*4.§.2. deſde el *num.*377.haſta el 388.ſe ofrece eſte dilema; ò las palabras *por recta linea maſculina*, ſe han de entender de modo que la maſculinidad ceda à la rectitud de la linea; ò han de obrar el efecto, de que la linea derecha no comprehenda otros Varones que los que fueren deſcendiendo de Varon en Varon; y en qualquier de los dos caſos es indubitable Succeſſora la Condeſa de Peralada, porque ſi per prius apeteciò el Fundador la rectitud de la linea, y ſecundariamente la maſculinidad en quanto hubiere maſculos en la linea derecha, hallandoſe la Condeſa deſcendiente de Don Miguel (*num.* 27.) no es queſtionable ſu derecho ex ſuprà perpenſis *d.*§. 2. *d. num.* 377. *&* *ſeqq.* ſino ſe ha de atender la rectitud de la linea, ſino en quanto ſe forme de Varones deſcendientes de Varon en Uaron, no ay Litigante que tenga ſemejante calidad: Luego no ay Varon que pueda competir en eſta vacante la ſucceſion con la Condeſa de Peralada, aun eligiendo la interpretacion que le ſea mas favorable de la Clauſula: *Por recta linea maſculina.*

498. Todo lo que ſe puede pretender por parte de los Uarones ſe ha de reducir à ponderar, que es caſo omiſſo

en

en la Escritura de la Union, y en el Vinculo del Testamento, si aviendo faltado los descendientes llamados por no aver quien tenga la calidad apetecida del Fundador, deberà preferir à la hembra de mejor linea, el Varon de linea inferior; y en este caso es igualmente claro el derecho de la Condesa, por deberse regular la succesion por las disposiciones del derecho, por las quales no transciende la prelacion de los Varones à grados inferiores, como prueba con gran copia de Autores, assi Españoles, como Estrangeros Torre *tom.1.cap.25.num.* 85. ibi: *Quando ex alio non constat de voluntate Testatoris, masculorum prælatio, vel fœminarum exclusio propter masculos, intelligitur respectu fœminarum ejusdem gradus, non vero respectu fœminarum in gradu proximiori.*

499. Insistiràn los que pretenden succeder por el Testamento, en que el repetido llamamiento de Varones, persuade aver querido el Vinculante fundar Mayorazgo de sencilla masculinidad, cuya naturaleza dà prelacion absoluta à qualquier Varon contra la hembra de mejor linea; Pero se responde, que en caso de aver tenido facultad el Fundador para aumentar las vocaciones del Testamento, no se puede considerar cada Escritura à solas, y con independencia una de otra; porque la fundacion del Mayorazgo fue una sola, y como si se hubiera reducido à un Instrumento toda su formacion; porque tubo principio en la Capitulacion de Don Hernando, se continuò en la Capitulacion del Conde Don Miguel con Doña Barbara de Monsalve, y en la Escritura de Vnion, y se concluyò en el Testamento; Con que assi por la correspectividad de unos à otros, como por la facultad reservada en el primero, de donde dimana la potestad para el otorgamiento de los otros, se deben considerar per modum unius, y como partes inseparables unas de otras que constituyen

tituyen la fundacion del Mayorazgo, *L. si pluribus in prin. ff. de verb. oblig.* D. Castillo *lib. 4. cap. 43. num. 4.* Casanate *Cons. 56. num. 9.* Y assi aviendo llamado el Vinculante en la Escritura de Vnion muchas hembras, assi nacidas, como por nacer, con prelacion indubitada de tantos Varones como pudieron proceder de todas ellas; no queda possible el comprehender este Mayorazgo de sencilla masculinidad; Pues bastaria para excluyr esta calidad, el que hubiera llamado las hembras despues de los Varones, ex D. Molin. *lib. 3. cap. 5. num.* 50. Casanate *Cons. 38. num.* 90. Ramon. *Cons.* 100. *num.* 277. D. Castillo *lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 178.

500. Siguiendo la opinion del señor Molina, trata este punto con gran claridad el moderno Torre, diziendo quanto cabe à favor de nuestra pretension, reduciendo su dictamen à esta distincion en el *tom.* 1. *cap.* 25. *num.* 90. Dize assi: *Vel exclusio fœminarum propter masculos est indefinita & per modum regulæ apposita, adeò ut qualificet, non gradus discretivè consideratos, sed universam descendentiam vocatorum, & tunc tenerem oppinionem pro fœminarum exclusione etiam per masculos ulterioris gradus; quando vero simpliciter dictum fuit, fœminæ per masculos excludantur, vel cum prælatione masculorum, alijs non adhibitis verbis, vel Clausulis denotantibus Vniversalem fœminarum exclusionem propter masculos, & eo casu verior est opinio quod dicta verba non excluderent fœminam, nisi propter masculos ejusdem, sivè agatur de Primogenitura, sivè de Maioratu, vel alia dispositione fideicomissaria.*

501. Cita varios Autores en su comprobacion, y despues aumenta en el *num.* 92. que quando se trata de disposicion primogenial, qual es la de nuestro caso, se evidencia mas la admision de las hembras de mejor linea, ibi: *Supposita vero vocatione masculorum simpliciter, exclusis*

clusis fœminis, absque conjectura vocationis masculorum, etiam remotiorum, rursus ego distinguerem; An agatur de Primogeniali dispositione, in qua quia de jure & natura talis primogenituræ, fœmina succedit & præfertur masculis remotioribus; IDEO CIRCVMSCRIPTA AGNATIONIS CONSERVATIONE, ATQVE CONTEMPLATIONE MASCVLORVM IN QVOLIBET SVCCESORE, ut diximus, verior mihi videtur Sententia, & amplectenda in Tribunalibus, quod per solam prælationem masculorum, vel fœminarum propter masculos exclusionem, non censeatur alteratum fideicomissum primogeniale, nec recessum ab ordine in primogenituris à lege & consuetudine stabilito.

502. En la fundacion de este Mayorazgo no se halla prevenida por via de regla la exclusion de las hembras; No està apetecida por el Fundador la masculinidad en cada uno de los Successores; se trata de disposicion primogenial; y se hallan con vocacion expressa muchissimas hembras con prelacion à los Varones: Luego con superior razon se deberà entender conformado el Vinculante con las disposiciones del derecho, y costumbre de España, y del territorio donde dispuso, para que en esta vacante se regule la succesion por las reglas del Mayorazgo regular, aun quando hubiera Litigante con las calidades apetecidas por el Fundador. En cuya confirmacion no debemos escusar el transcribir lo que dixo la Real Audiencia de este Reyno en el Pleyto de la Baronia de Torrellas, que aunque no se pronunciò por muerte del Relator, se hallaron trabajados los motivos, ibi: *Maximè attenta Maioratuum Hispaniæ natura, cui inconvenit agnatio. Ex quibus præsens Maioratus regularis judicandus videtur juxta leges Hispaniæ, quibus Institutores se conformasse verosimile, & credendum videtur ad imitationem fulgentissimi Maiora-*

iora-

ioratus Regni, à cujus ſucceſione ad inferiores validum formatur argumentum.

503. Y quando lo dicho no fuera baſtante para perſuadir el derecho de eſta Parte, baſtaria la duda en la accion de los que pretenden excluyrla, por ſer materia tan odioſa la excluſion de las hembras, ad tradita per Aquilam *in Addit. ad Roxas p.1.cap.6.num.*341. ibi: *Magis tamen id adſtringit, quod ſcilicèt, ex* L.14.tit. 7. lib. 5. Recopil. *Fœminarum excluſio expreſſa eſſe debet, dubiaque diſpoſitio ad favorem fœminæ intelligenda eſt.* D.Molin. *lib.* 3.*cap.*4.*num.*33.34.& 41. Hodierna ad Surd. *deciſ.*339. *num.*7. Author *p.*3.*cap.*4.*à num.*13.

504. Singularmente quando ſe diſputa la ſucceſion del Mayorazgo en Juyzio Poſſeſſorio, como en nueſtro caſo, y ſe intenta excluyr la hembra que exiſte en la linea de actual poſſeſsion, y con la calidad de hija del ultimo Poſſehedor; Todo lo dixo Roxas *p.*1.*cap.*6. *num.* 150. ibi: *Ideò hæc linea poſſeſſoris efficatior eſt, quam alia, & ejus virtus præpotentius influit recta via in Poſſeſſoris filios, vel alios ejus deſcendentes, adeò quod etiam in maioratu irregulari, filia ultimi Poſſeſſoris obtinere debet in Thenuta, vel Juditio Poſſeſſorio, & tuenda eſt interim in poſſeſsione bonorum maioratus, donec de propietate diſcutiatur, quoties RES ALIQVAM ETIAM MODICAM HABEAT DVBITATIONEM.* Cita en ſu comprobacion los Autores mas claſicos de Eſpaña, y concluye ampliando ſu doctrina à favor de la hermana del ultimo Poſſehedor.

505. Intentaràn valerſe de la *Clauſula* 4. del Teſtamento los que ſe incluyen con dicha Eſcritura, donde previno el Vinculante, que en falta de los deſcendientes Varones por recta linea maſculina de Don Juan Fernandez de Heredia Conde de Fuentes, *El dicho Mayorazgo, Caſa, y Eſtado vengan en el Varon legitimo, y de legitimo*

Matri-

Matrimonio procreado, à Nos mas propinquo, descendiente de la Casa de Vrrea, aunque sea por linea femenina, pretendiendo estàr comprehendidos en dicho llamamiento, como Varones descendientes de la Casa de Vrrea por linea femenina.

506. La respuesta de este argumento se infiere de las mismas Clausulas de la Escritura; pues aviendo llamado el Vinculante en la 1.2.*y* 3. *Clausula* à los hijos expecificamente nombrados de sus hermanas, y los descendientes Varones de ellos, no debe comprehenderse, que à estos los quisiera comprehender en el llamamiento colectivo de la *Clausula* 4. sino à los descendientes Varones de otros hijos, ò hijas de sus hermanas, de los quales no avia hecho mencion en el Testamento, segun la regla comun de no estàr comprehendidos en el llamamiento generico, los que tienen especial vocacion en la misma Escritura, *L. ex facto §. Item quero ff. de Vulgar.* ibi: *Et magis est, in utroque tempus suum separatim servari. L. Æquissimum §. si primus ff. de bonor. posses. secund. tab.* ibi. *Nec sibi junguntur cum ad suam quisque causam substitutus sit*; Luca *de fideicom. discurs. 56. num.* 11. ibi: *Vnde resultat clara demonstratio, quod sub verbo æquivoco seu generali non intellexit comprehendere id, quod cum verbo spetiali contradistinxit, ut in pluribus materijs rezeptum habemus.*

507. Persuade mas esto mismo, el que en la Escritura de Union desde la *Clausula* 7. hasta la 16. llama el fundador à sus nietas, è hijas, y à las hijas de sus tres sobrinos, y à los descendientes Varones por recta linea masculina de cada una de ellas; y reconociendo que en estos llamamientos no podian estàr comprehendidos los descendientes con mediacion de alguna hembra de dichas sus nietas, hijas, y sobrinas, previno especiales llamamientos desde la *Clausula* 17. hasta la 21. à favor de los descendien-

tes

tes Varones de las hembras llamadas, aunque deſcendieſſen por linea femenina.

508. Diverſa providencia fue la que reglò el Vinculante en el Teſtamento; pues no llamò à ſus hermanas para que en ellas tubieran principio las lineas, como lo executò con ſus nietas, hijas, y ſobrinas; Ni llamò à las hijas de Don Pedro (*num.* 31.) de Don Juan de Luna, y Don Juan Fernandez de Heredia (*num.* 34.) como llamò en la Eſcritura de Vnion à todas las hijas de ſus tres ſobrinos; ſino que antes bien limitò el llamamiento à los hijos, y deſcendientes Varones por recta linea maſculina de los dichos Don Pedro, Don Juan de Luna, y Don Juan Fernandez de Heredia.

509. De donde ſe infiere, que quando el Fundador quiſo llamar à los deſcendientes Varones, por linea femenina de ſus nietas, hijas, y ſobrinas, ò hijas de ſus ſobrinos lo diſpuſo, y explicò con providencia eſpecial en cada uno de dichos llamamientos: y de no aver obſervado la miſma forma de explicacion en las vocaciones del Teſtamento, ſe convence con notoriedad, que no quiſo llamar otros deſcendientes Varones de Don Pedro (*num.* 31.) y de Don Juan de Luna, y Don Juan Fernandez de Heredia (*n.* 34.) que aquellos que tubieſſen la calidad de deſcendientes ſuyos por recta linea maſculina; pues ſi hubiera querido los deſcendientes por linea femenina, lo hubiera explicado como lo explicò en los deſcendientes de ſus nietas, hijas y ſobrinas en dicha Eſcritura de la Vnion, *ad tex. in L. unic. C. de Caduc. tollend.* Caſanate *Conſ.* 46. *num.* 51. Suelves *lib.* 3. *conſ.* 5. *num.* 42. *in fin.*

510. Y aſsi en el llamamiento colectivo de la *Clauſula* 4. ſolamente eſtàn comprehendidos los deſcendientes de Doña Catalina (*num.* 21.) y los de Doña Beatriz (*n.* 22.) con deribacion, ò por medio de otros hijos, ò hijas, ſuyos,

que

que eran los que no tenian llamamiento alguno;teniendo presente el Vinculante,que en otra forma dexaba excluyda de la succesion del Mayorazgo toda la descendencia que podian tener sus hermanas, mediantes otros hijos, ò hijas.

511. Y à no ser esta su voluntad no necessitaba de aver aumentado el llamamiento colectivo de la *Clausula* 4. sino aver habilitado para la succesion à los descendientes de los tres llamados,aunque lo fuessen por linea femenina, que es lo que executò con los descendientes de sus tres sobrinos;por lo qual se convence, que lo discretivo de los llamamientos arguye diversidad de voluntad en el Fundador, para que en el ultimo no se entiendan comprehendidos los que tubieron vocacion en los primeros, Optimè Cardin.de Luca *de fideicom.discurs.*25.*num.*16. ibi: *Primò scilicèt discretiva locutio Testatoris, quando egit de linea Angeli fratris, & quando de alijs lineis Oratij, Quintij, & Mutij remotorum transversalium: Primo enim casu locutus est de linea simpliciter absque alio adjecto, unde propterea tam masculina, quam fœmenina continetur; In secundo autem adjecit qualitatem masculinam, ob quam restrictionem non veniunt nisi masculi per masculum.*

512. Hazese mas recomendable todo lo que se ha ponderado, teniendo presente, que nuestro Vinculante puso toda su aplicacion en formar un Mayorazgo lineal estableciendo los llamamientos segun el orden que le dictaba la mayor, ò menor afeccion à las personas en quienes quiso radicar la succesion, para que continuarà de unos en otros; Pues toda la Escritura de Union se reduce à veinte Vocaciones lineales; el Testamento à tres, y à mas no poder en ultimo lugar el colectivo de los parientes; que es el constitutivo del Mayorazgo lineal, cuya naturaleza precisa con superior razon à atender à la pre-

 roga-

rogativa de la linea, ſin permitir la translineacion, ſegun que con Autoridad del ſeñor Molina, Gutierrez, y otros defiende acerrimamente Torre *p.* 1. *cap.* 39. *num.* 101. *fol.* 500. ibi: *Secundum fundamentum voluntatis pro Primogenitura ex eo reſultat, quod Teſtator qui habebat 7. filios, videlicèt unum maſculum, & 6. fœminas* (como aqui las nietas, hijas, y ſobrinas) *omnes invitavit eorumque deſcendentes, ſed cum prælatione lineæ inter ipſos, diſponendo quod prius ſuccederet Baptiſta ejus filius maſculus, ejuſque deſcendentes per lineam maſculinam in perpetuum, qua extincta vocavit fœminam majorem natu, ejuſque filium maiorem natu maſculum, & ſic de cæteris; Ex qua vocatione luce meridiana clarius apparet Hieronymum Teſtatorem habuiſſe in mente ordinare veram, & propriam Primogenituram, vel maioratum linealem, quia in hoc verè conſiſtit eſſentia Primogenituræ, & maioratus linealis, ut in eo ſuccedatur habita ratione ad lineæ prerogativam, adeò ut prius admiti debeant omnes deſcendentes ex linea Primogeniti, & ſucceſivè deſcendentes ex lineis ſecundò, tertio, & quartogenitorum, dummodo non fiat tranſitus de una ad aliam lineam, niſi finitis atque extinctis perſonis, ex quibus componitur quælibet linea.*

513. Perſuade mas eſto miſmo la contingencia de eſte caſo que pudo ſuceder; ſi vacando la ſucceſion de eſte Mayorazgo hubieran litigado Doña Ana (*num.* 39.) y un hijo ſuyo Varon; no es dudable que obtendria la Madre, y perderia el hijo, ſiendo entrambos no conocidos por el Fundador; Pues ſi eſto quiſo, y eſto diſpuſo el Vinculante con el Varon de una miſma linea; como ſerà creìble, que quiſiera excluyr à otra hembra no conocida, por Varones no conocidos de diferentes, y poſteriores lineas, llamadas en el ultimo lugar de ſu diſpoſicion: ſirvaſe V. S. I. de premeditar lo veroſimil de ſemejante providencia ocupando

pando el lugar del Fundador, ò mirando como propria esta disposicion, que es el medio mas proporcionado para encontrar lo mas razonable, *ex L. quoniam C. de Nat. liber.* ibi: *Quoniam desideria morientium, ex arbitrio viventium, non sine justa ratione colligimus.*

514. Por esso dixo bien Rosa, que apenas puede aver caso en que se entienda constituydo Mayorazgo de sencilla masculinidad, no estando contemplada la agnacion, ò hallandose desde el principio tan solamente llamados los descendientes Uarones de hembra sin el gravamen de nombre, y armas, dizelo en la *Consult. 69. num.* 41. ibi: *Et licet ego credam vix posse dari hunc maioratum simplicis masculinitatis, qui non habeat secum admixtam rationem agnationis, nisi solum quando ab initio vocantur soli masculi descendentes ex fœmina, absque onere delationis cognominis, vel armorum, vel alia conjectura quæ agnationem fuisse contemplatam suadeat.* Què diria en tantos, y tan repetidos llamamientos de hembras, como los que se hallan literalmente ordenados por nuestro Fundador? y no puestos despues, y en defecto de todos los descendientes masculos, que es la limitacion que advierten los Addicionadores al señor Molina *lib. 3. cap. 5. num.* 50. Vers. *Primus est casus*; sino con prelacion à muchissimos Uarones, como resulta de la Escritura de la Union, y sin aver contendor que tenga la calidad de agnado verdadero, ni ficticio, que son los terminos en que los Autores disputan la exclusion de la hembra de mejor linea; Por lo qual debe tener menor dificultad esta question en el caso ocurrente.

515. En confirmacion de lo que tenemos representado por D. Francisco Ramon Ximenez de Urrea (*Lit. X.*) debemos aumentar, que para evadir la solidez de las doctrinas referidas desde el *num.* 223 del primero Alegato de

esta

esta Parte, insta el Doct. Azara en el suyo; que el Vinculante en la *pag.* 323. del Memorial ajustado vers. *y en caso* no obstante las palabras *en qualquier manera, y en qualquier tiempo*, contraxo la condicion al tiempo de la muerte del ultimo Varon descendiente de sus tres sobrinos, pues à ellas juntò las inmediatamente siguientes *de suerte, que no sobreviviesse Varon descendiēte de ellos legitimo, &c.* lo que se verificò con la muerte del Conde Don Dionysio (*num.* 73.) y se hizo lugar à los substituydos en el Testamento, como à los substituydos se avia hecho con semejantes terminos en las Clausulas antecedentes, desde la *pag.* 111. hasta la 120. *de dicho Memorial ajustado.*

516. Pero se responde, que el mismo Vinculante expressando mas su animo, y voluntad, concluyda la reserba que en dicha Clausula hizo, prosiguiò diziendo: *De suerte que mientras descendientes Varones se hallaren de Nos, y del dicho Don Pedro de Vrrea nuestro hermano legitimos, ayan de succeder, por el orden, forma, y manera arriba dicha.* Advirtiendo, que la forma, y manera que avia dicho antes el Vinculante para succeder era, que avia de ser uno solo descendiente legitimo en todo el Estado, sin dividirlo, agenarlo, ni empeñarlo (ut videre est *pag.* 104. *y* 105. del Memorial, y buelve à explicarla in *pag.* 124.) y el orden, el que avia establecido à favor de sus descendientes, y los de su hermano Don Pedro por medio de sus tres sobrinos, *ut in pag.* 122. in fine: *prefiriendo los descendientes de Don Lope, à los de Don Manuel, y los de Don Manuel, à los de Don Miguel.*

517. Con que no aviendo descendiente alguno Varon del Vinculante, ni de su hermano Don Pedro mediantes Don Lope, y Don Manuel, y aviendo aun de Don Miguel (*num.* 27.) en Don Francisco Ramon, *si mientras se hallare ha de succeder* (como dixo, y declarò el Vinculante)

lante) *en el Mayorazgo, Casa, y Estado, y ha de ser Conde de Aranda, Vizconde de Biota, Señor del Vizcondado de Rueda, de la Barònia de Alcalatèn, y demàs Villas, Lugares, y bienes, con que sea uno solo, y lleve las Armas de Vrrea, que le vienen por linea legitima, y no bastarda, y siendo tal que puede contraher Matrimonio*, es este el Successor que por el orden, forma, y manera arriba dicha, al parecer, expressamente quiere, aunque no fuesse nacido, ni concebido al tiempo de la muerte de su Abuelo; pues para succeder no necessita mas que el ser hallado, y es inegable, que Don Francisco Ramon se halla Unico, y solo, y pide el Estado vacante, y que el Conde en dicha Clausula *de suerte* de la *pag.* 123. no articulò el tiempo de la muerte del Antecessor, si las palabras dirigidas al Successor que *mientras se hallare* aya de succeder; y siendo la palabra *mientras* (que corresponde à la Latina *donec*) indefinida, ex Lucas de Pena *in Leg. si ad Magistratum col.3. in fin. Cod. de decurionib. lib.* 12. y equivaliendo la indefinida à la universal *L. si servitus* 24. *ff. de servit. urb. præd.* Barbosa, con muchos, *axiomat.* 123. *num.* 1. 8. 9. 10. *&* 11. se ha de entender tambien indefinida, y universalmente sin contraherla, ni limitarla al tiempo de la muerte del Antecessor, como la entendiò, y expressò respecto de los descendientes del mismo Vinculante en la Clausula *de suerte que siempre, y mientras* de la *pag.* 105. Y en la Clausula *de suerte q̃ mientras* de la *pag.* 107. del Memorial ajustado en la misma Escritura, & nullus melior interpres dispositionis quam ipse disponens, como con Casanate, y otros dexamos fundado suprà *parte* 3. *num.* 260. *&* *parte* 4. §. 2. *num.* 366.

518. Todo lo sobredicho se haze mas recomendable por el mismo Vinculante con lo que advirtiò en su Testamento, y refiere el Memorial *pag.* 133. *in fine &* 134.

 don-

donde expressamente quiere, tengan lugar los Substitutos que señala, *en caso que todas las personas en la Escritura de Vnion llamadas, y nombradas faltassen en qualquier manera, y tiempo; de suerte que ninguno de ellos quedasse habil, capaz, y suficiente para la dicha succesion*: Con que siendo D. Francisco Ramon persona llamada en la Vnion, y nombrada como descendiente de Don Miguel (*num.*27.) sobrino del Vinculante, y no pudiendose verificar que falta, y que no queda habil, capaz, y suficiente para la succesion, ha de embaraçar la entrada à los substituydos en el Testamento, pues asi lo estableciò el Vinculante declarando su voluntad en la misma Clausula de su Testamento, hecho el mismo dia, y testificado por el mismo Notario, que la Escritura de Union; y qualquier duda que resultasse de esta, quedaba decidida con la declarada voluntad de aquel, sin dàr lugar à argumentos, como en caso semejante dixo Màntica *de conject. ultim. volunt. lib.3. tit.4. num.*5. refiriendo las siguientes palabras de Ciceron: *Neque oportet de ejus voluntate nos argumentari, qui ne id facere posimus, juditium nobis reliquit suæ voluntatis.*

519. Y la razon juridica de todo lo sobredicho (aun quando no fuera tan clara la voluntad del Vinculante) consiste, en que sola la posibilidad de existir Don Francisco Ramon que està en la linea anterior, excluyria à los llamados en las lineas posteriores, como en terminos de nuestra question defiende, y funda Don Antonio Cabreros de Avendaño *in tract. de metu lib.2. cap.9. num.* 30. ibi: *Et donec posibile fuerit stare successorem primæ lineæ non venit tempus secundæ, & illarum series conditionem, non solum suspensivam sed etiam, posteriorum seu remotiórum exclussivam efficit, qui gradus subalterni nunquam possunt primo gradui adjungi; nam ordo facit conditionem: Vnde primus in ordine excludit posteriores, Bald. in L.* cum ex Tes-
tamen-

tamento num. 1. verſ. quæritur, an poſit ff. de hæred. inſtit. *Pontan.* de fideicom. cap. 28. num. 39. *Vbi reſolvit diſpoſitiones lineales nunquam deferre fideicommiſſum ſæcundæ lineæ, donec non fuerit inhabilitata prima, taliter ut non valeat haberi ſpes ejus introductionis in aliquo tempore: Quoniam ordo datus lineis, qui tractum ſucceſivum præſuponit, inducit caſualem conditionem; cujus natura ſuſpendit gradus inferiores, uſque, dum ſit totalis impoſsibilitas, ut primi naſcantur, formentur, & admitantur.*

520. Ni obſta contra eſto el exito del Pleyto ſobre la Baronia de Gurrea que ſe trae por exemplar en el referido Alegato del Marquès de Torres. Porque ni lo es, ni puede ſerlo atendidas las circunſtancias; pues en aquel litigaron el Conde Bureta, pretendiendo que los Vinculos de dicha Baronia eran de maſculinidad, y la Condeſa de Atarès, que eran regulares; y ſu hijo el Conde actual de Atarès, que avia nacido poſt litem conteſtatam, pareciò en el Pleyto, y alegò ſer maſculo de mejor linea que el Conde de Bureta. Muriò la Cõdeſa de Atarès, y aviendo entendido la Real Chancilleria q̃ dichos Vinculos eran regulares, declarò la ſucceſiõ à favor de dicha Condeſa ſin embargo de que era difunta, porque eſto es permitido en Cauſas de Mayorazgo, y repeliò las pretenſiones de ſu hijo el Conde que reſpecto de ſu Madre era poſterior in gradu al Vinculante, y del Conde de Bureta por ſer de linea inferior. Si ſe hubieran declarado los Vinculos de maſculinidad, y ſiendo de mejor linea el Conde de Atarès, ſe hubiera admitido la propoſicion al de Bureta, podria penſarſe que conſiſtiria en aver nacido el de Atarès poſt litem conteſtatam; per aviendoſe deſeſtimado la pretenſion del Conde de Bureta, no ay capacidad à ſemejantes penſamientos, ni para poder dezir que dicho juzgado ſea exemplar aplicable à nueſtro caſo; y aunque pidiò poſteriormente el Conde

de

de Atarès reposicion en lugar de su Madre, y para concederla hubo grande dificultad, està no fundaba, ni pudo fundar en que naciesse pendente lite, si en que la Real Chancilleria no practicaba las reposiciones, y al fin obtuvo el Conde la que suplicaba. Nuestro caso conviene con el referido en que muriò la Condesa de Peralada litigando el Estado de Aranda, y dexando à su hijo Vnico Don Francisco Ramon, el qual se halla repuesto por Decreto de V.S.I. en los derechos de su Madre (à diferencia de el de Atarès que no lo estubo) y si se calificaren los Vinculos regulares podrà admitirse la proposicion de la Condesa de Peralada, y en consequencia adjudicar el Estado litigioso à su hijo respuesto en sus derechos; y si se calificaren de masculinidad, se le podrà adjudicar tambien por ser masculo de mejor linea que todos sus Contendores, hallarse en el Pleyto ante Sententiam, ut diximus in *prima allegat. ex num.* 223. & precipuè *num.* 227. y tener la mayor recomendacion en la declarada voluntad del Vinculante, como hemos fundado *à num.* 516. *cum seqq.* de este Alegato.

CONCLUSION.

521. ENtra la Condesa de Peralada à pretender la succesion de este Mayorazgo asistida de todos los derechos, de las reglas mas principales con que se deben decidir semejantes disputas; por tener à su favor la predileccion de la linea; por hallarse contemplada por el Fundador con antelacion à todas las demàs de donde deriban su inclusion los opuestos en este Pleyto, Torre *tom. 3. decis. 9. num. 6.* le favorece tambien la prerogativa de la linea recta en que se halla como descendiente de Don Miguel (*num.* 27.) que es de las mas eficaces que se pueden apetecer para el vencimiento. Roxas *p. 1. cap. 6. num.* 31. ibi:

Et

Et tanto fortior & efficatior eſt hæc linea deſcendentium alijs lineis, quanto ſecundum Geometras linea perpendicularis, cui aſimilari debet, eſt propior atque potentior alijs ex tranſverſo lineis: Demonſtratur virtus, atque magna vis hujus lineæ rectæ per exemplar in ſole, cujus radij quando perpendiculariter, & rectè influunt ſuper Nos licet longe diſtantior ſit à nobis, quam hieme, ſeu humali tempeſtate, non ſolum ardentiores ſunt, immò omnia vehementi ardore adurunt: Sed in humma, etiamſi propinquior ſit nobis Sol, ejus Radij vix calefaciũt, ex eo quod ex trãſverſo tantũ atingũt.

522. Aſsimiſmo ſe halla en la linea efectiva, y de actual poſſeſsion, que como ſuperior à todas las otras, debe ſer principalmente atendida, Roxas *p.* 1.*cap.* 6. *num.* 148. ibi: *Ex quo inferes, hanc lineam actualem, maiorem, ac inter omnes principalem prerogativam habere; quia atento jure communi una ſola linea dicitur, quæ prerogativam habeat; hæc eſt linea poſſeſſoris*, cita à los ſeñores Molina, Caſtillo, y otros.

523. Hallaſe tambien con la calidad de hija, y nieta de los ultimos Poſſehedores, cuya circunſtancia haze mucho mas dificil ſu excluſion, que la de qualquier otra hembra de la miſma linea, aunque fuera hermana de el ultimo Poſſehedor, Roſa *Conſult.* 69.*num.* 177. Uela *diſert.* 49.*num.* 75. ibi. *Longè enim maius odium, excluſio filiæ per maſculos remotiores, nedum cognatos, ſed & agnatos contineret, quam aliarum fœminarum.* Singularmente diſputandoſe la ſucceſion de eſte Mayorazgo en un Juyzio Poſſeſſorio, en el qual baſta qualquier duda para que deba obtener la hija del ultimo Poſſehedor, ex Roxas *p.* 1. *cap.* 6.*num.* 150. Vela *diſert.* 49.*num.* 74.

524. Para buſcar evaſion à la ſolidèz de eſtos principios elementales en Cauſas de Mayorazgos, ſe valen los Contendores de varias diſpoſiciones hechas por los Poſſehedores de los bienes; y con la multiplicidad de los titu-

 los

los que exhiben, le duplican la inclusion à esta Parte, y logra otra prelacion demàs de las referidas; pues teniendo llamamiento en todas las Escrituras presentadas en el Pleyto debe ser preferida à los que se incluyen con una, *ad tex.in L.penult.§.si verò pater C. de Adopt.* ibi: *Quia in unam personam concurrunt & naturalia & adoptionis jura*; porque tiene à su favor la voluntad de todos los que dispusieron de los bienes litigiosos, *& fortius ligat duplex Vinculum, nam duo sunt fortiora uno*, Scacia *de Judic.lib. 2.cap.9.num.1673.*

525. Tiene llamamiento en la Donacion de Don Pedro de Vrrea (*num.6.*) à favor de su hijo Don Lope (*n.11.*) porque en ella solo apeteciò el Donante la conservacion de los bienes en su Familia sin expression de calidad irregular, mediante un Fideicomisso perpetuo, descensivo, y reciproco à favor de su descendencia; y hallandose la Condesa de Peralada con la calidad de descendiente, es inegable su Vocacion, ex traditis *in 1. p. hujus allegationis.*

526. Si se atendiere al Testamento de dicho Don Pedro (*num.6.*) (en caso que lo hubiera podido otorgar perfecta donatione) tiene vocacion indubitada; Porque siendo, como son, los llamamientos de agnacion natural, y ficticia, y no aviendo en quien concurra ninguna de las dos calidades, se reduce la succesion à su naturaleza regular, en cuyos terminos no es disputable su derecho, como se ha procurado fundar *en la segunda Parte.*

527. Segun el Testamento de Don Lope (*num.11.*) en que instituyò Heredero à su hijo Don Lope (*num. 15.*) no ay capacidad para comprehender constituydo Mayorazgo alguno, y mucho menos irregular, como tenemos probado, y por los llamamientos supletorios del derecho, pertenece la succesion sin disputa à nuestra Parte.

528. Demàs, que aviendo donado Don Lope (*n.11.*) todos sus bienes despues del otorgamiento de dicho Testamento

mento

mento à ſu hijo Don Lope (*num.* 15.) no pudo aumentar Uinculos à los diſpueſtos en dicha Donacion, ſino es por Eſcritura poſterior en fuerça de la reſerva, y aſsi no aviendo preſentado documento alguno poſteriormente otorgado, ſe ha de eſtàr à lo diſpueſto en la Carta Dotàl, por la qual tiene claro llamamiento la Condeſa de Peralada, ſegũ dexamos probado en la tercera Parte de eſte Informe.

529. Si ſe ha de governar la ſucceſion por la Eſcritura del Vinculo de la Union, otorgada por el Conde Don Miguel (*n.* 18.) tiene llamamiento como deſcendiente de Don Miguel (*n.* 27.) ſin que aya quien pueda moſtrar llamamiento en dicha Fundacion, que tenga las calidades prevenidas por el Vinculante, como ſe ha procurado manifeſtar en *la Parte.* 4.

530. Si ſe atiende al Teſtamento otorgado por el miſmo Conde D. Miguel (*n.* 18.) ſe hallarà, q̃ los llamamientos de dicha Eſcritura (caſo que la hubiera podido otorgar) eſtàn hechos baxo la condicion de faltar todas las perſonas nombradas, y llamadas en la Eſcritura de Union, q̃ en ſuſtãcia fue, bolver à repetir todas las Vocaciones de la Union: Con que eſtando llamada la Condeſa en dicha Eſcritura, lo eſtà tambien en el Teſtamento; y con ſu exiſtẽcia embaraça que llegue el caſo de tener lugar los llamamientos q̃ eſtàn dependiẽtes de la verificacion de dicha condiciõ, como ſe ha fundado en la ultima Parte de eſte Informe.

531. Infiriendoſe de todo lo dicho, que por qualquier de los titulos preſentados en eſte Pleyto, pertenece la ſucceſion del Eſtado de Aranda à la Condeſa de Peralada; por ſer cierto, que no probando, como no pueden probar, ſu excluſion con evidencia los opueſtos en Proceſſo, dexan preciſa la calificacion de ſu derecho, por baſtar qualquier duda probable para no ſacar la poſſeſsion del Mayorazgo de la linea donde ſe halla radicada, D. Molin. *lib.* 3. *c.* 4. *n.* 41. Y en pocas palabras los Addicionadores, ibi: *Merito itaque*

in

in possessione Maioratus tuetur, donec aliud compertum sit, aut perspicue constet.

532. En todos los puntos principales de este Alegato, hemos procurado seguir por Norte las opiniones del señor Molina, de quien dixo Mieres *de Maior. p. 1. in initio n. 52. ad fin. Deo agant gratias Jurisconsulti maximè Hispanni quia creavit Doctissimum, & Jurisperitissimum D. Ludovicum à Molina, in Supremo nostri Regis Senatu magnum consiliarum, qui tanquam luminare magnum in ista materia, suo opere insigni & perfectissimo errores omnes diluit, & insigne Opus in hac materia Maioratuum in lucem edidit.* Porque tendriamos à desayre de este trabajo, y desgracia de la Causa el desviarnos de una Doctrina de tan superior recomendacion, y este es el principal motibo que precisa al entendimiento à comprehender, que procede la manutencion que suplica, y espera la Condesa, fiada en la solidèz de los fundamentos que persuaden su justicia, sin desalentarla la debilidad de la pluma q̃ la patrocina, porque la elevacion del Tribunal donde la propone, le assegura mayor consuelo à su esperança: *Omnis gens sub maiori constituta Judice maiorem sentiet providentiam*, como dixo el *tex. in Auth. de Defensor. Civit. cap. 7. incipit Audient. coll. 3.*

533. Yà que la obediencia, Señor Ilustrissimo, puso la pluma en la mano, tal vez porque solo en ella podia ser menos el derecho de la Condesa de Peralada, no cumpliriamos con nuestro conocimiento sino lo dexaramos à los Pies de V.S.I. con todo lo que ha escrito con el protesto que se sigue, *Si vera dixerimus, Deus laudetur; Si autem defectus fuerit, quod humanum est, erronea opinio pedibus teratur rationibus enervetur, ac fũditus eradicetur.* Sic sentimus. S.T.S.G.C. Zaragoça à 15. de Noviẽbre de 1717.

D. Phelipe Gracian. *D. Joseph Francisco Arpayon Torres.*
D. Antonio Faro. *D. Joseph de Yanguás.*
D. Braulio de Artasona.